

和仏法律学校講義録

著者	中村 進午, 竹井 耕一郎, 鈴木 英太郎, 塚田 達二郎, 中山 成太郎, 谷野 格, 秋山 雅之介, 山崎 覺次郎
出版者	和佛法律學校
巻	1-2
ページ	1-73
発行年	1902-11-21
URL	http://hdl.handle.net/10114/5404



（明治三十五年十一月四日第三種郵便物認可 毎月十八日三、五日六日八日十日計一
百十三日計五百六十八日計廿一日計三、五日六日八日十日計一
百八十八日計五百六十八日計廿一日計三、五日六日八日十日計一）

明治三十五年十一月二十一日發行

三十六年度 第一學年之二



和佛法律學子校講義錄

第拾號

和佛法律學校

第一學年第二號目次

法學通論	法學博士 中村進午
憲法	法學士 竹井耕一
民法總則	法學士 鈴木英太郎
民法總則	法學士 塚田達二
民法總則	法學士 中山成太郎
民法物權	法學士 谷野格
刑法總論	法學博士 中村進午
國際公法(平時)	法學士 秋山雅之介
國際公法(戰時)	法學士 山崎覺次郎
經濟學	

○續物ノ試掘、探掘出願中ニ於ケル許可後ノ權利ノ賣買讓與ノ效力
 ○刑事檢事任用第一回試驗合格者○校友會東京支部總會

090
1903
1-1-2



ヤ死刑廢止論ニ一致スルノ傾向ヲ呈セリ現ニ既ニ死刑ヲ廢止シタル國アリ例
 ハ瑞西ノ成州ノ如キ即チ是ヲ見ルニ足ルモノナリ
 (二) 身體刑ニ身體刑トハ人ノ身體ニ苦痛ヲ與フル刑罰ヲ謂フ身體ニ苦痛ヲ與
 フルト同時ニ身體ノ一部ヲ毀害スルモノアリ身體ニ苦痛ヲ與フル刑トハ例
 管刑杖刑ノ如キモノニシテ苦痛ヲ與フルト同時ニ身體ノ一部ヲ毀損スル刑
 トハ例ヘハ古ニ行ハレタル耳ヲ斷リ鼻ヲ削ク刑ノ如シ或ハ又苦痛ヲ與フル
 趣旨トセサル刑ナキニ非ス例ヘハ入墨ノ如シ此刑ノ目的タルヤ嘗テ處罰セ
 レタル者ナルコトヲ一般ノ良民ニ示シ以テ良民自己ヲ防クニ便ナラシムルモ
 ソナリ然レトモ今日ニ於テハ斯ル永久ニ標印ヲ殘留セシムルカ如キ刑罰ハ之
 ヲ科スヘカラサルコトヲ唱道スル學者頗ル多シ其理由ニ曰ク犯人ヲシテ終
 暴自棄ニ陥ラシメ遂ニ善良ノ人ト爲ルコト能ハサラシムレハナリト
 (三) 自由刑 自由刑トハ人ノ自由ヲ拘束スル刑罰ヲ謂フ自由刑ハ時トシテ同
 時ニ身體ニ苦痛ヲ與フルコトアリト雖モ苦痛ヲ與フルヲ主眼トスルニ非スレ
 タ專ラ自由ヲ拘束スルヲ以テ目的トスルモノニシテ偶苦痛ヲ與フルコトアル

ノ我國ニ行ハル自由刑ノ種類ヲ列舉スレハ左ノ如シ
 (一) 徒刑有期無期 (二) 死刑 (三) 懲役重輕 (四) 禁錮重輕 (五) 禁錮重輕 (六) 拘留
 (七) 監視即チ是ナリ而シテ流刑禁錮輕禁錮ノ三種ハ之ヲ國事犯ニ科スヘキ刑
 シテ他ハ總テ常事犯ニ科スヘキ刑罰ナリ
 (四) 財産刑 財産刑トハ財産ヲ沒收スル刑罰ニシテ罰金科料及セ官吏ノ罰俸
 ノ如キ是ナリ或ハ犯罪ノ用ニ供シタル器具ヲ沒收スルカ如キモ亦廣義ノ財産
 ニ屬ス
 (五) 名譽刑 名譽刑ニハ名譽ヲ中止スルモノト刑奪ハルモノトヲ二種アリ公
 權ノ停止ハ前者ニ屬シ華族ノ禮遇停止亦然リ公權ノ剝奪ハ後者ニ屬ス官位勳
 章ノ剝奪懲戒免官ノ如キ亦然リ
 第二 民法上ノ制裁 民法上ノ制裁ハ私法上ノ制裁ニ屬ス
 私法上ノ制裁モ亦種種ニ之ヲ分類スルコト得
 (一) 損害賠償 損害賠償モ金錢ヲ以テスルモノト物品ヲ以テスルモノトノ
 別アリ此點ハタルヲ問ハス總テ裁判ノ結果ニ依テ加害者ヨリ被害者ニ引渡

ベキモノヲ謂フ其賠償額ニ至リテハ初ヨリ確定スルモノト然ラサルモノトアリ
 リ即チ名譽毀損ノ場合如キハ主トシテ不確定ノ場合ニ屬ス近時佛學者ハ實
 際上金錢ニ見積リ得ヘカラサル名譽ノ毀損ニ對シテハ金錢ヲ以テ賠償ヲ爲サ
 シムルコトハ不當ナリト主張シ英學者ハ之ニ反對シ縱令金錢ニ見積ルコトヲ
 得サル損害ト雖モ金錢上ノ賠償ヲ爲サシムルコトヲ妨ケスト嚴論シタリ
 (二) 復權 復權トハ有權利者カ無權利者ノ爲メニ妨害セラレタル權利行使ノ
 回復ヲ謂フ例ヘハ強盜ニ奪ハレタル所有品ノ回復ヲ受タルカ如キ是ナリ
 (三) 直接履行 直接履行トハ義務者ヲシテ約定シタル義務ノ履行ヲ爲サシム
 ルコトヲ謂フ直接履行ハ損害ノ賠償ヲ爲スモ目的ヲ達スル能ハサルモノニ對
 シテ之ヲ行フモノナリ例ヘハ俳優ノ伎ヲ演スル義務ヲ履行セサルカ如キ又ハ
 書家ノ揮毫ヲ約シナカラ之ヲ履行セサルカ如キ場合ニ之ヲ爲スヘキモノナリ
 (四) 行爲ノ中止及ヒ廢止 行爲ノ中止トハ非權利行爲ノ繼續ヲ停止スルヲ謂
 ヒ行爲ノ廢止トハ非權利行爲ヲ爲スコトヲ絕對ニ止メ又ハ非權利行爲ノ結果
 ヲ除却スルヲ謂フ例ヘハ他村ヨリ引水ノ權利ナキ或村カ水ヲ引カンカ爲メニ

溝ヲ穿テタルトキハ其行爲ヲ中絶ニ止ムルカ如キハ中止ニシテ煙突ヲ築キテ
近隣ニ害ヲ及ホシタルトキ此煙突ヲ撤去セシムルカ如キハ廢止ナリ
(五) 無効 無効トハ或行爲ニ法律上ノ效力ヲ生セシメサルヲ謂フ法律カ禁止
シタル行爲ヲ爲シタルトキハ其行爲ハ全然無効タルモノトス例ヘハ他人ノ物
ヲ竊取シタル場合ニ於テ其所有權カ移轉セサルカ如キ又有夫ノ婦カ婚姻ヲ爲
スモ其效力ヲ生セサルカ如キ是ナリ
(六) 取消 取消トハ或行爲カ取消權ヲ有スル者ニ依リテ取消サレタルトキハ
取消サレタル以後ニ於テ其行爲ノ效力ヲ失フヲ謂フ故ニ其行爲ノ成立シテヨ
リ取消ササルマテノ間ニ於ケル行爲ハ勿論有效ノモノタリ例ヘハ父母ノ承諾
ヲ得シテ爲シタル婚姻カ父母ノ取消ニ因リテ無効ト爲ルカ如キ是ナリ

第四章 法律ノ變更及廢止

法律ノ變更トハ從來ノ法律ニ法律タルノ效力ヲ失ハシメ之ニ代フルニ他ノ法
律ヲ發布スルヲ謂ヒ之ニ反シテ法律ノ廢止トハ從來ノ法律ニ其效力ヲ失ハシ

メ之ニ代フルニ他ノ法律ヲ發布セサルヲ謂フ是ニ因リテ之ヲ觀レハ法律ノ變
更モ亦狹義ニ於ケル法律ノ廢止ナリ法律ニハ有効期限ヲ定メタルモノト之ヲ
定メサルモノトアリ前者ハ其期間ノ經過ト共ニ當然消滅スルモノナリト雖モ
後者ハ國家カ之ヲ廢止スヘキ特別ノ意思ヲ表示セサル限ハ永久ニ有效ナルモ
ノナリ前者ノ例ヲ舉グレハ向後五箇年地租ヲ増スト謂フカ如キ又向後三箇年
間通行ヲ禁止スルト謂フカ如キ是ナリ之ニ反シテ彼ノ憲法ノ如キ又民法ノ如
キ其他一般ノ法律ハ概テ期間ヲ定メサルモノナリ法律ハ國家カ之ヲ廢止スル
ノ意思ヲ表示シタルトキハ當然廢止セラレルモノナリト雖モ尙ホ其他國家カ
經令之ヲ廢止スルノ意思ナキモ當然消滅スル場合アリ例ヘハ北海道ノミニ行
ハルル法律ハ北海道カ地震ノ爲メ海中ニ陷落シタルトキハ其法律ハ效力ヲ失
フカ如キ是ナリ局外中立ニ關スル法律ハ外國間ニ戰爭ノ終結シタルトキハ當
然其效力ヲ失フ場合ノ如キ亦然リ
法律廢止ノ方法ニ二種アリ一ハ明示ノ廢止ニシテ他ハ默示ノ廢止ナリ明示ノ
廢止トハ明カニ法律ヲ廢止スルコトヲ公示スルヲ謂ヒ默示ノ廢止トハ前法ヲ

廢止スルノ意思ヲ表示セタルモ前ノ法律ト衝突シタル法律ヲ發布シタル場合ナリ而シテ其兩立セサル部分カ前法ノ一部ノミニ止マルトキハ前法ノ一部分ノ廢止ニシテ其兩立セサル部分カ前法ノ全部ニ亙ルトキハ前法全部ノ廢止ト爲ルモノナリ例ヘバ外國人ニ土地所有權ヲ與フルコトヲ禁止スル法律アリテ後此法律ヲ廢止セスシテ外國人ニ土地所有權ヲ與フルコトヲ許ストノ新法ヲ發布シタル場合ノ如シ此原則ヲ稱シテ新法ハ舊法ニ優ルト謂フ然レトモ之ニ一ノ例外アリ即チ新普通法ハ舊特別法ヲ廢止スルコト能ハストノコト是ナリ尙ホ法律廢止ニ關スル原則トシテ舉クヘキモノハ後ノ法令即チ前法ヲ廢止又ハ變更セントスル法令ハ必ズ前法ノ制定ト同一以上ノ方法ニ依リタルモノナラサルヘカラサルコト是ナリ例ヘバ法律ヲ廢止スルニハ法律ヲ以テシ勅令ヲ廢止スルニハ勅令ヲ以テスルガ若クハ勅令以上ノ力ヲ有スル所ノ法律ヲ以テセサルヘカラサルカ如シ其間ハ當然當然當然當然當然當然當然當然當然當然

第五章 法律ノ效力

法律ノ效力ヲ分チテ三種トス第一、法律ノ時ニ關スル效力第二、法律ノ場所ニ關スル效力第三、法律ノ人及ヒ物ニ關スル效力是ナリ中ニ法律ノ時ニ關スル效力第一、何時ニ關スル效力

法律ハ何時ヨリ效力ヲ生シ何時ヲ效力ヲ及ボスヤ即チ法律效力ノ始期及ヒ其法律ノ繼續スル時ノ二種ニ分類スルコトヲ得而シテ前者ニ關スル問題ハ法律ノ裁可公布又ハ施行期限ニ關スル問題ニシテ前ニ既ニ述ヘタル所ナルヲ以テ更ニ之ヲ贅セズ又後者ニ關スル事項ニ付テモ前既ニ法律ノ廢止又ハ變更ニ關シテ喋喋シタルヲ以テ是レ亦茲ニ述フルノ要ナシト信ス唯一ノ攻究スヘキハ法律ノ遡及力ニ關スル問題タリ左ニ之ヲ詳論セン法律ハ既往ニ遡ル效力ヲ有セズトハ羅馬法以來ノ原則ナリ然レトモ此原則ハ決シテ立法上ノ原則ト非シテ法律適用上ノ原則ナリ或時代ニ在リテハ此原則カ立法者ヲ拘束スト解シタルコトアリ即チ國家ハ既往ニ遡ル法律ヲ制定スルコトヲ得スト爲シタル時代アリ學說上ニ於テ之ヲ主張スル者ハ佛國ノ「コンスタン」ノ如シ同氏曰ク既往ニ遡ル法律ハ法律ニ非ス蓋シ既往ニ遡ル法律ハ

悉ク暴逆ノ大ナルモノナリト然レトモ既往ニ遡ル法律ヲ制定シ却テ人民ノ負擔ヲ輕減シ又ハ犯罪ニ對スル刑罰ヲ輕減シ缺點アル法律ヲ補充スルカ如キコトアルヲ以テ既往ニ遡ル法律ハ時トシテ道德ニ反スルコトアルモ之ヲ以テ暴逆ナルカ故ニ法律ニ非スヲ謂フハ不當以見解ナリ隨テ此ノ如キ法律ヲ發布セラレタル場合ニ於テハ裁判官ハ斯ル法律ヲ適用ヲ拒ムコトヲ得然レハ尙ホ法律ノ明文ニ既往ニ遡ルヘキコトヲ記載セザルモ之ヲ既往ニ遡ラシメスシハ其法律ノ效力ヲ奏スルコト能ハサルコトアリ又其法律ノ目的ヲ達スルコト能ハサルコトアリ例ハ奴隸ヲ廢止ストノ法律ハ將來ニ於テ奴隸ヲ作ルコトヲ禁スルト同時ニ過去ニ於ケル奴隸ヲ解放ストノ意ナリ即チ當然既往ニ遡リテ既往ノ奴隸ヲ廢止スルモノナリ又或法律ヲ解釋セシカ爲メ他ノ法律ヲ制定スルコトアリ此解釋法律ハ既往ニ遡リテ效力ヲ及ボス爲メナレハ其意味ヲ爲ササルベシ

以上述ワル所ノ理由ニ依リ獨逸民法ノ起草者ハ法律ノ中ニ法律ハ既往ニ遡ル效力ヲ有セストノ原則ヲ設タルノ必要ナシト斷言シタリ後ニ於テハ學說ニ關

憲法

憲法ハ國家ノ統治ニ關スル最も重要ナル法律ナリ百種ノ制度文物之ニ基キテ發ス然レトモ固ヨリ大綱根本ヲ規定スルニ止マルカ故ニ詳細ノ規定ハ總テ其下ニ於ケル各種ノ法規ニ一任セサルヘカラス我國憲法ノ如キモ僅僅七十餘條ノ規定ニ過キス而シテ其中ニ於テ一國統治ノ大法則ヲ網羅セントス是以テ之ヲ解説スル者ハ殊ニ慎重ノ注意ヲ以テ能ク其規定ノ真意ヲ了解スルニトヲ努メサルヘカラス是ニ於テカ予ハ本文ヲ講述スルニ先チ吾人ノ注意スベキ點ノ二三ヲ述ベント欲ス自本論國ノ憲法ニ關スル點ニ先チ吾人ノ注意スベキ點ノ二三ヲ述ベント欲ス

緒言

憲法ハ一國統治ノ大本ヲ定ムル最も重要ナル法則ナリ百種ノ制度文物之ニ基キテ發ス然レトモ固ヨリ大綱根本ヲ規定スルニ止マルカ故ニ詳細ノ規定ハ總テ其下ニ於ケル各種ノ法規ニ一任セサルヘカラス我國憲法ノ如キモ僅僅七十餘條ノ規定ニ過キス而シテ其中ニ於テ一國統治ノ大法則ヲ網羅セントス是以テ之ヲ解説スル者ハ殊ニ慎重ノ注意ヲ以テ能ク其規定ノ真意ヲ了解スルニトヲ努メサルヘカラス是ニ於テカ予ハ本文ヲ講述スルニ先チ吾人ノ注意スベキ點ノ二三ヲ述ベント欲ス自本論國ノ憲法ニ關スル點ニ先チ吾人ノ注意スベキ點ノ二三ヲ述ベント欲ス

(第一) 予等ノ研究スル所ハ日本帝國ノ憲法ナルコトニ留意セサルヘカラス是レ固ヨリ言フ埃タサルニ似タリ然レトモ現今學者ノ通弊トシテ先ツ外國ノ憲法及ヒ外國學者ノ憲法論ヲ研究シテ之ヲ推シテ我國憲法ヲ解説セント試ムル者往往ニシテ之アリ蓋シ誤レリト謂フヘシ我國憲法編纂ノ當時ニ在リテハ各國ノ法制ヲ參照シ彼ノ長ヲ取り我ノ短ヲ補ヒタルハ固ヨリ之アリ然レトモ一タヒ日本帝國憲法トシテ制定セラレタル以上ハ外國ノ法制學說ヲ假リテ論スルノ必要ナシ日本固有ノ主義ヲ根據ト爲シ傍ラ外國ノ學說ニ亘リ取ルヘキハ之ヲ採リ捨ツヘキハ之ヲ棄テサルヘカラス畢竟内外主客ノ轉倒及ヒ先入主ト爲ルノ弊見ハ努メテ之ヲ避クルニ注意スヘキナリ

外國學者ノ憲法論ト雖モ多クハ卷頭第一ニ其國ノ歴史及ヒ其國固有ノ主義ヲ總述シ之ニ據リ進ミテ憲法ノ解説ヲ試ムルナリ蓋シ其主意ノ在ル所ハ予ノ述ヘタルト異ナラス然ルニ我國學者カ却テ自國ノ主義沿革ヲ措キ一ニ外國ノ主義精神ヲ推シ及ホサントスルハ甚タ誤レリト謂ハサルヘカラス
今内外ノ主義沿革ノ區別アルヲ明カニスルカ爲メ歐洲二三ノ重ナル立憲國ノ

歴史及ヒ法制ヲ略述スヘシ主ハ人英ノ後ニ次ニ法ヲ論スルニ當リ然レモ
(甲) 英國 英國ハ義ニ William the Conqueror カ外國ヨリ入り萬能ノ君權ヲ以テ人民ニ臨マントセシカ佛國ニ對スル關係ヨリシテ兵馬屢起リ爾來干戈止マズ十字軍ノ起ルニ至リテ益々甚シク遂ニ John 王位ニ即クニ及ヒ國ニ與望ナク軍費ハ益々空乏シ大ニ諸侯及ヒ市民ニ賦課シテ其費ヲ助ケシメントシタルヨリ臣民ノ激昂ヲ來シ臣民ハ舉テ王ニ迫リ Magna Charta ヲ發布セシメ以テ王權ヲ制限シ臣民ノ權利ヲ保障セシメタリ後 Edward 王ニ至リ臣民ニ對スル課税ノ條件トシテ立法ニ參與スルノ權ヲ與フルコトト爲リ下院ノ根底此ニ生シタリ此際人民ノ中特種ノ階級ヲ組織スル貴族及ヒ僧侶ハ常ニ其間ニ斡旋シ自己ノ特權ヲ保護センコトヲ努メタルノ結果上院ノ根底亦此ニ生シ爾來機會アル毎ニ國民ハ此例ヲ逐ヒ自己ノ權利ヲ擴張スルト共ニ君權ヲ制限シ漸ク積ミテ今日ノ制度ヲ成シ來リシナリ
故ニ英國ハ之ヲ帝國 (Empire) ト稱スレトモ皇帝ハ唯主權ノ一部ヲ行使スルニ止マリ先ツ立法權ハ國會ト君主ト共同シテ之ヲ行フ由云フト雖モ君主ノ裁可ナ

久シク殆ト一ノ形式タルニ過キス行政權モ亦常ニ國會ノ干渉ヲ受クルヲ免レ
ス例ヘハ國會ニ信任ナキ内閣ハ更迭ノ已ムヲ得ザルカ如キ又ハ國會カ豫算ノ
議定權ヲ以テ行政ノ作用ヲ牽制スルカ如キ是ナリ故ニ近世ノ學者ハ英國ノ國
體ヲ論シ其主權ハ君主及ヒ國會King and Parliamentニ存スト謂フ往時佛國ノ「モン
テスキュー」モ英國ノ政體ヲ研究シタルノ結果立法行政司法三權分立ノ說ヲ唱
ヘタリ其主意ハ主權ハ君主國會裁判所ノ間ニ三分セラルヘシト云フニ在リ氏
ノ說ノ弊ハ始ク措キ其說ノ根源タル英國ノ法制ニ於テ君主ハ唯主權ノ一部ノ
ミヲ行フノ事實アリシハ亦掩フヘカラサルナリ
右ノ如キ制度ハ以テ我國法ト同一ニ論スヘカラス故ニ英國憲法及ヒ其學說ハ
漫ニ之ヲ我國憲法ニ適用スル能ハサルヤ明カナリ然ルニ我國ノ學者カ英國ニ
倣ヒ例ヘハ國會ニ對スル責任内閣ノ主義ヲ奉セントスルカ如キハ外國法制ノ
爲メニ誤ラルルノ一例ナリトス
(2) 獨逸 獨逸ハ彼ノ那翁ノ當時佛國革命ノ氣勢漸ク歐洲ノ中原ニ蔓延スル
ニ當リ時ノ必要上各邦ノ君主ハ人民ニ約スルニ憲法ノ制定ヲ以テセリ然ルニ

那翁全ク破レ天下少シク治平ニ赴キタルニ乘シ却テ君權萬能主義ノ憲法ヲ制
定セント試ミタリシヲ以テ革命ノ氣焰ニ包マレタル國民ハ舉テ國王ニ迫リ千
八百四十八年五月ニ至リ國民會議ヲ Frankfurt ニ開キ憲法ヲ討議シタルモ議決
ニ至ラス紛擾相繼ギ遂ニ年末ニ至リ普國國王ハ先ツ憲法ヲ欽定シ國民ヲシテ
之ヲ修正セシムルコトト爲シ翌年ノ討議修正ヲ經テ千八百五十年ノ始ニ至リ
普國西憲法始メテ成レリ此ノ如ク名ハ欽定ノ憲法タリト雖モ實ハ國民ト君主
トノ協定ニ成リ主トシテ君權ヲ制限シ民權ヲ擴張スルノ主意ヲ以テ制定セラ
レタルモノナリ
且獨逸帝國ハ其國情甚タ複雜ナリ始メ獨逸聯邦ニ於テ普國及ヒ埃國カ其半耳
ヲ執リ來リシモ普國ハ遂ニ埃國ヲ排シ其勢ニ乘シテ佛國ヲ破リ今日ノ獨逸聯
邦ヲ形成シ以テ自ラ其盟主ト爲レリ現時ノ制度ニ依レハ獨逸帝國ハ二十餘州
ノ聯邦ヨリ成リ聯邦ハ各獨立存在ヲ有スルニ拘ハラズ一方ニ於テハ相依テ帝
國ヲ形成スルニ付テ普國ハ最モ大ナル特權ヲ有シ普國皇帝ハ同時ニ獨逸ノ皇
帝タリ而シテ各聯邦ノ委員ヨリ成レル Bundestag 協議會ニ於テモ普國ハ獨リ十

七ノ要數ヲ有ス
此ノ如クニシテ獨逸帝國ニ於テハ(一)帝國ト各聯邦トノ關係如何即チ聯邦ノ獨立ト帝國ノ獨立トハ如何ニシテ調和スヘキヤ(二)普國ト他ノ聯邦トノ關係如何即チ普國ノ特權ハ他聯邦ノ獨立ト衝突セサルヘキヤ等ノ問題アリ學者モ亦甚タ此點ニ於テ論議ニ苦ムカ如シ
此ノ如ク獨逸國法制及ヒ之ニ關スル學說ハ其國ニ特有ナルモノニシテ之ヲ以テ漫ニ我國ノ憲法ニ適用スヘカラサルヤ明カナリ然ルニ我國學者ハ屢獨逸ノ法制學說ニ倣ヒ例ヘハ統治權ハ最高權ノ内面ナリトノ說及ヒ君主ト國會トハ直接機關ナリトノ說ヲ爲スカ如キ外國法制ノ爲メニ誤マラルル所ナリトス
(丙) 佛國 佛國ハ諸子ノ知ル如ク純然タル共和ノ政體ナリルイ十四世カ朕ハ國家ナリトノ一言ヲ殘シテ逝キシヨリ爾來革命ニ革命ヲ重テ常ニ民約ノ主義ヲ繼續セリ最初ノ革命ニ於テ彼ノ「モンテスキュー」ノ三權分立論即チ立法、行政、司法ノ三者相對立シ相牽制シテ以テ各專横ヲ恣ニセザラシメントノ主義ヲ採用シ獨佛戰爭カ終ヲ告クルノ後ニ至ルマテ屢多少ノ改正變更ヲ行ヒタリト雖

モ國民共和ノ精神ハ依然トシテ繼續シ來リシナリ
此制度學說カ以テ漫ニ日本憲法ニ適用スヘカラサルヤ亦明カナリ然ルニ我國ノ學者ハ却テ其例ニ倣ヒ立法、行政、司法三權分立ノ主義ヲ以テ日本憲法ヲ解説セントスルノ說ニ陷ル者アリ
尙ホ次ニ米國ノ如キモ三權分立ノ主義ヲ採用シ中ニ就テ議會ハ一切ノ國民意思ヲ決定スル機關トシテ國法ヲ制定スルコトトス又白耳義ノ如キモ共和ノ實質ノ上ニ形式上世襲ノ君主ヲ戴クニ過キス其有名ナル憲法ニ於テモ總テノ權力ハ國民ニ在リト規定ス此等ノ法制學說カ以テ我國ニ推シ及ホスヘカラザルヤ亦明カナリ
以上述ヘ來レル所ニ依レハ予カ第一ニ日本帝國憲法ヲ研究スルコトニ注意スヘシト謂ヒタル所以ヲ知ルニ足ルヘシ
(第二) 學者ハ我國建國以來ノ國體及ヒ歴史ヲ常ニ腦裏ニ保ツヘキナリ其理由ハ固ヨリ簡單ナリ然レトモ或一派ノ學者バ以テ爲ク我國ハ憲法ヲ發布セラレタルニ由リ國體ヲ一變シタリ隨テ法制ノ歴史モ是ヨリ改マレルモノナリ詳言ス

レハ君主專制國體ヨリ立憲國體ニ變シ從來ノ歴史ハ此ニ終ラ告ケ立憲ノ歴史此ニ始マルト此種ノ見解ハ立憲ノ意義ヲ誤解セルモノナリ何トナレハ憲法トハ一國統治ノ大法則ヲ謂フニ外ナラス故ニ憲法法典發布以前ト雖モ勿論此ノ如キ法則ハ存在シタリシナリ唯成文法典トシテ發布セラレサルノミ不文ノ憲法ハ炳トシテ在リキ現時ノ英國憲法ノ如キモ多クハ不文ニ屬シ唯古來確定シタル事實ノ集積ヲ以テ憲法ト稱ス即チ不文憲法國ノ一例ナリ我國憲法法典發布ノ告文ニ依ルモ皇朕レ謹ミ畏ミ皇祖祖宗ノ神靈ニ語ケ白サク……皇祖祖宗ノ遺訓ヲ明徴ニシ典憲ヲ成立シ條章ヲ昭示シ……茲ニ皇室典範及憲法ヲ制定ス惟フニ此レ皆皇祖祖宗ノ後裔ニ貽シタマヘル統治ノ洪範ヲ紹述スルニ外ナラス……トアリ之ニ依レハ古來ノ憲典ヲ基礎トシテ今日ノ成文法典ヲ制定シタルコト明カナリ若シ法典制定ノ當時君主國カ忽チ變シテ民主國ト爲リタリト云フ如キ事實アラシニハ是レ國體ノ變更ト云ヒ得ヘキモ然ラサル以上ハ唯從來ノ不文憲法ヲ改メテ成文憲法ト爲シ以テ天皇統治權行使ノ方法ニ多少ノ變更ヲ爲シタルニ過キス故ニ憲法制定ニ依リ國體一變シタリトノ議論ハ固ヨ

リ探ルニ足ラサルナリ
我國ノ國體ハ建國以來一定シ過去ニ於ケル歴史ハ總テ之ヨリ產出シ來リ將來モ亦之ニ依リテ繼續スヘキ筈ノモノナリ蓋シ我國體トハ何ソ所謂君主國體ニシテ天皇即チ統治ノ主體タルノ國柄ナリ……
我國ノ歴史ハ諸子ノ明知スル所ニシテ今一之ヲ述ヘスト雖モ古來我國ノ制度文物カ他ノ影響ヲ交ヘタル場合大凡三アリ第一、昔時三韓來朝ノ結果トシテ其制度文物カ國內ニ注入セラレタルコト第二、中世支那ノ制度カ大ニ我法制ノ變更ヲ促シタルコト第三、近世歐米諸國ノ文明カ盛ニ我法制ニ影響ヲ及ホシタルコト是ナリ此ノ如ク屢、他ノ振盪ヲ受ケタリト雖モ我國固有ノ主義精神ハ決シテ之カ爲メニ失墮シタルコトナシ……
之ヲ歐洲諸國ニ稽フルニ其名稱カ共和タリ合衆タリ帝國タリ又ハ立憲タルヲ問ハス歸スル所國民主權ノ國ナリ國民トハ其國ニ屬スル箇人ノ集合セル團體ヲ謂フ蓋シ歐米諸國ニ在リテハ一國ノ實權ハ君主若クハ大統領等カ之ヲ有スルニ非ス國民カ權力ノ中樞ト爲リ君主又ハ大統領ハ國會又ハ裁判所等ト同シ

タ國民ノ機關トシテ存在スルニ過キズルナリ各人民カ服従スルモノハ君主若
タハ大統領ニ非ス國民カ其機關ヲ通シテ制定シタル國法即チ國民全體トシテ
ノ意思ニ外ナラス其主權ノ國々其國ニ在リ其國ニ在リ其國ニ在リ其國ニ在リ
外國學者ノ所謂 *sovereignty* 國家ハ此國民ヲ謂フナリ或學者ハ國家即チ主權
者ハ君主ニモ非ス國民ニモ非ス此等ノ上ニ位スル無形ノ法人ナリト爲ス然レ
トモ元來主權ノ成立スルハ事實關係ニシテ法ニ由リ主權ヲ成立セシメタルニ
非ス法ハ唯事實主權ノ存スル所ニ由リ之ヲ稱シテ國家ト謂フナリ果シテ然ラ
ハ君主ニモ國民ニモ非サル全ク無形ノモノカ事實國權ヲ掌握スヘキ道理ナキ
カ故ニ隨テ法學上ニ於テモ之ヲ國家ト稱スルコト能ハサルヘキナリ畢竟國民
ノ集合團體カ主權者タルコトハ歐洲ノ國柄ニ於テ疑ナシ *sovereignty* 國家ハ
佛國米國白耳義ノ如キハ國民共和ノ團體ヲ表白スルカ故ニ論ナシ唯帝國ト稱
シテ君權猶ホ大ニ隨テ民主國ト稱スル能ハサルニ似タルモノアリ然レトモ此
等ノ國ニ在リテモ君主カ此權ヲ行フハ國民ノ承認ニ基クカ故ニ若シ君主ニシ
テ一朝國民ノ意ニ背戾スルコト甚シキ場合アラシカ國民ハ起テ其權利ヲ奪

フコトヲ敢テスルハ各國ノ歴史ニ於テ明カナリ然ルニ我國體ハ全ク之ト異ナ
レリ是レ予カ第二ノ注意トシテ憲法ヲ研究スルニ當リ我國ノ國體歴史ノ彼ト
異ナル所アルヲ知ラサルヘカラストシタル所以ナリトス *sovereignty* 國家ハ
(第三) 一般法文解釋ノ順序トシテ先ツ文理ノ解釋ヲ試ミ議論アルニ至リ進ミ
テ精神解釋ヲ行フヲ原則トス然レトモ此二者ハ元來相離ルヘカラサルモノニ
屬ス殊ニ憲法ノ如キ僅僅數十條ノ條文ヲ以テ一國統治ノ大體ヲ網羅セントス
ルモノニ至リテハ字句自ラ不十分ナルヲ免レス故ニ文理解釋ト精神解釋トハ
常ニ兩兩相助ケ徒ニ字句ニ拘泥シテ偏僻ノ見解ヲ爲スコトヲ避ケサルヘカラ
ス畢竟文理ニ戻ラサル限リ常ニ眼ヲ其精神ニ注クコトヲ忘ルヘカラス *sovereignty*
(第四) 憲法法典ヲ解説スルニハ行政法其他細目ニ亘ル必要ナシト雖モ單ニ法
典ノ範圍ノミニテハ説明ヲ爲シ難キ所アリ例ヘハ皇位ノ繼承及ヒ攝政ノ場合
ニ關シテハ皇室典範ノ規定ヲ籍リテ説明シ議會ノ場合ニ議院法及ヒ貴族院令
ヲ援用シ樞密顧問ニ關シテハ樞密院官制國務大臣ニ關シテハ內閣官制ヲ參照
シ豫算ニ付テハ會計法ヲ參考スルカ如シ畢竟學者カ研究スル憲法學ハ便宜上

憲法典ノ範圍ヨリモ一層廣キニ亘ルモノト考ヘサルヘカラス。學ハ對立ト
第一編 總論

第一章 法

法トハ最廣義ニ之ヲ解スレハ事物一定ノ關係ヲ指稱ス法ニ全ク自然の關係ヲ
示スモノアリ自然ト人爲トニ由リ一定ノ關係ヲ生スルモノアリ又全ク人爲ニ
出ツルモノアリ第一ハ例ヘハ物理學ノ法則ニ於ケル物ハ熱ヲ受クルトキハ膨
脹スト云フカ如キ是ナリ第二ハ例ヘハ善ヲ爲セハ幸福ヲ得ト云フカ如ク善ヲ
爲スハ人爲ナレトモ幸福ノ來ルハ自然の結果ナリ第三ハ例ヘハ人ヲ殺ス者ハ
刑セラルト云フカ如ク其關係カ總テ人爲ニ出ツルモノヲ謂フ
吾人カ今研究セント欲スルハ全ク自然の關係ニ由ルノ法ニ非ス人類社會生活
ノ現象ニ於テ人ノ活動スル所以ノ法則ノ一部ナリ人類共同生活ノ法則ハ之ヲ
大別スルトキハ三種ト爲スコトヲ得第一宗教的法則第二道德的法則第三法律
的法則是ナリ此三者ノ關係ハ昔ニ在リテハ甚タ曖昧タリ或時ハ宗教即チ道德

ニシテ亦法律タリシコトモアリ然レトモ近頃ニ至リテハ三者ノ區別ヲ立テ
漫ニ混同スルコトヲ許サス其關係ハ玆ニ詳論スルニト能ハスト雖モ蓋シ宗教
的法則ハ專ラ信仰ヲ基礎トシテ設ケラルル例ヘハ善ヲ爲ス者ハ天國ニ住スルヲ
得ト云フカ如シ次ニ道德的法則ハ正義ノ觀念ヲ基礎トス即チ人ハ皆忠孝ノ道
ヲ守ラサルヘカラスト云フカ如シ第三ノ法律の現象ニ於ケル法則ハ例ヘハ惡
ヲ爲セハ罰セラルト云フカ如キモノニシテ專ラ權力ヲ基礎トシテ立ツモノナ
リ予等ノ玆ニ研究セント欲スルハ此法律の現象ニ於ケル法ノ一部ナリトス
法律の現象ハ治者被治者ノ關係ニ由リテ生スルモノナリ然ラハ此ノ如キ法ハ
如何ニ定義ヲ與ヘンカ古來法ノ定義ニ關シテ種種ノ說アリ然レトモ英人「オー
スチン」ニ至リ始メテ稍ヤ適當ナル觀念ヲ説キ出セリ曰ク法ハ主權者ノ命令ナ
リト蓋シ主權者トハ一國統治ノ全權ヲ握ル者ヲ謂ヒ命令トハ主權ヲ以テ人ノ
行爲不行爲ヲ規律スルノ意ナリ此定義ハ簡ニシテ盡セルカ如キモ尙ホ法ノ實
質即チ主權者ノ命令ハ如何ナル性質ノモノナルカヲ知ルコト能ハス故ニ此定
義モ未タ十分ナラサル所アルヲ免レズ予ハ始メ左ノ定義ヲ下サントス

法トハ主權者カ制定シテ強行スル人ノ社會的行爲ノ規則ナリ
 之ニ依レハ法トハ先ツ主權者カ制定スルモノナリ次ニ法ハ強行スルモノナリ
 強行トハ國權ヲ以テ是非共之ヲ行フナリ或ハ曰ク法ハ必スシモ強行スルモノ
 ニ非ス之ヲ犯ス者ナケレハ強行ノ必要ナシト然レトモ此定義ハ法ヲ主觀的ニ
 觀察セルナリ犯ス者ノアルトナキトハ客觀的方面ニシテ事ノ事實ニ屬シ措キ
 テ之ヲ問ハス主觀的ニ論スレハ法ハ何時モ強行ノ力ヲ有スルモノナラサルヘ
 カラス或ハ又曰ハン法ニハ強行スル能ハサルモノアリ例ヘハ賞與ノ法ノ如シ
 若シ賞ヲ受クル者カ之ヲ辭スルトキハ強ヒテ之ヲ受ケシムルコト能ハス若シ
 強行スレハ賞與ノ主意ニ戾ルニ至ルヘシト此觀察ハ誤レリ法ノ強行力ハ斯ク
 シテ現ハレスト雖モ若シ何人タリトモ此法ヲ破リ或ハ其施行ヲ妨クル如キ者
 アレハ之ヲ防禦シ鎮壓シテ法ノ實行ヲ期セサルヘカラス是レ法ノ強行力カ然
 ラシムル所以ナリ終ニ法ハ人ノ社會的行爲ノ規則ナリ既ニ述ヘシ如ク法ハ人
 類社會的活動ニ關ス人ノ活動ニ二アリ一ハ内部ノ活動ニ止マリ一ハ外部ニ表
 顯ス前者ハ意思(Will)ニシテ後者ハ行爲(Action)ナリ法ハ原則トシテ意思ニ立入

ルモノニ非ス外部ニ發現セル行爲ニ關ス而シテ行爲ニモ亦社會ニ影響ヲ及
 スモノト然ラサルモノトアリテ法固有ノ管轄範圍ハ前者ニ在リ即チ全ク社會
 ニ影響ヲ及ボササル行爲ハ指キテ間ハサルヲ原則トス

第二章 法ノ分類

法ノ觀念ヲ説明スルニ次キテ二三ノ法ノ分類ヲ述フルノ必要アリ

法ノ分類ニ種種アリ其中ニ在リテ憲法ヲ論スルニ於テ最モ必要ナルモノヲ説
 明スヘシ即チ(第一)成文法及ヒ不文法(第二)公法及ヒ私法(第三)國內法及ヒ國際法
 是ナリ
 第一 成文法及ヒ不文法
 普通成文法トハ文書ヲ成スノ法ヲ謂ヒ不文法トハ文書ヲ成ササル法ヲ謂フ然
 レトモ學者ハ此區別ヲ不完全ナリトス例ヘハ文書ヲ成スト雖モ全ク文書ノ用

ヲ爲ササルカ如キモノハ形ハ成文法ナレトモ實ハ不文法ナレハナリト論ス是
ニ於テカ一派ノ學者ハ文書ヲ必要トスルノ法ハ成文法ナリ文書ヲ必要トセザ
ルノ法ハ不文法ナリト然レトモ如何ナルモノカ文書ヲ必要トスルヤ如何ナ
ルモノカ之ヲ必要トセサルヤヲ定ムルコト難ク畢竟之ニ據リテ二者ヲ區別セ
シトスルハ理屈ニ偏シ却テ曖昧ニ歸スヘシトノ批難ヲ免レス蓋シ現ニ文書ヲ
以テ發布セラレタル法アレハ其法カ果シテ文書ヲ要スルモノナリヤ否ヤヲ問
ハス之ヲ成文法ト稱スルハ亦已ムヲ得サルコトナリトス
予ハ文書ヲ以テ發表セラレタルモノヲ成文法ト謂ヒ文書ニ依リテ發表セラレ
タルモノヲ不文法ト謂フ不文法ヲ學者ハ一ニ慣習法 (Gewohnheitsrecht) ト稱ス然
レトモ慣習以外ニ不文法ノ淵源ナシト云フハ稍ヤ狹キニ過ク例ヘハ一般ノ慣
習ニ依ラス別ニ條理ノ示ス所ヲ認メテ法カ力ヲ付與セハ同シク不文ノ法ニ非
スヤ
成文法不文法大體ノ觀念ハ右ノ如シ成文法カ法ト爲ル時期ハ文書ノ發布ニ在
ルカ故ニ論ナシ唯不文法カ法ト爲ルハ何レノ時期ニ於テスルヤ疑問ニ屬ス此

編ノ後ニセシハ相續ハ一方ヨリ觀レハ財産ヲ取得スル一方法ナルモ元來主ト
シテ親族關係ニ基クモノナルヲ以テ財産ニ關スル規定及ヒ親族ニ關スル規定
ヲ知リタル後ニ始メテ知ルコトヲ得ルモノナルカ故ナラント思惟ス
予ハ我新民法ノ編纂法ノ說明ヲ終ル前ニ尙ホ一二諸君ノ注意ヲ促サントス我
新民法ハ素還民法ノ如ク物權編ヲ債權編ノ前ニ置ケリ然ルニ獨逸民法ハ之ト
反對ニシテ債權編ヲ物權編ノ前ニ排列セリ而シテ我民法カ物權編ヲ債權編ノ
前ニ置キタル理由ハ前ニ述ヘタルカ如ク物權アリテ後債權生ストノ思想ナリ
然ルニ獨逸ノ民法カ債權編ヲ物權編ノ前ニ置キタル理由ヲ問クニ債權編ヲ第
一位ニ置クハ債權法ハ法律關係中重要ナル部分ヲ占ムルニミナラス民法中他
ノ部分ヨリ援用シ來ルモノ甚タ少クシテ却テ他ノ部分ノ準則ト爲ルモノ多キ
爲メナリト言ヘリ故ニ我民法ノ如ク編別スルト獨逸民法ノ如ク排列スルト孰
レカ是ナルヤハ諸君ノ研究ヲ煩ハス
尙ホ一ノ注意ヲ乞フヘキモノハ物權編ノ規定ト債權編ノ規定トノ關係ニ於テ
我民法ト獨逸民法ト差異ナリ我民法ノ規定ニ依レム契約ニ因リテ物權ヲ設定

シ又移轉スルコトヲ得即チ我民法ニ於テハ例ハハ或物ヲ賣買シ若クハ贈與
ル契約ヲ爲セハ物權ハ其契約ニ因リテ直チニ移轉ス第一七五條故ニ我民法上
物權編ノ規定ト債權編ノ規定トハ其關係極メテ密接ニシテ物權ノ得喪ニ關ス
ル規定ハ債權編中ニ其一部ヲ規定セリト謂フ得之ニ反シテ獨逸民
法ノ規定ニ依レハ物權ハ債權的契約ニ因リテ設定移轉セラズルコトナシ即チ
獨逸民法ニ於テハ例ハハ或物ヲ賣買シ若クハ贈與スル契約ヲ爲スモ其契約ニ
因リテ單ニ其目的物ノ引渡ヲ請求スル債權ヲ生ズルニ過キヌシテ物權ハ之ニ
因リテ直チニ移轉セズ物權ノ移轉スルハ物權的契約ニ因ルモノナリ即チ當事
者ノ一方カ物權ヲ移轉スル意思ヲ以テ目的物ヲ他ノ一方ニ交付シ他ノ一方
之ヲ取得スルノ意思ヲ以テ受取ルニ因リテ始メテ物權移轉ノ效力ヲ生ス故ニ
獨逸民法上物權編ト債權編トハ全ク互ニ獨立シテ毫無關係ナキモノト謂フ可
トヲ得是レ亦我民法ト獨逸民法ト異ナル所ニシテ諸君ノ研究ヲ煩ハサント欲ス

第四章 民法ノ淵源

第一節 法令

民法ノ淵源或ハ汎ク法律ノ淵源若クハ法源ナル語ニ從來種種ノ意義ニ使用セ
ラレタリ或ハ法律ノ發生スル權力ノ淵源タル所ノ君主國ノ君主ノ意思若クハ
民主國ノ國民ノ總意ヲ指シテ法律ノ淵源ト稱スル者アリ或ハ法律ノ知識ヲ得
ヘキ材料タル法典判決錄若クハ學者ノ著書等ヲ指シテ法律ノ淵源ト稱スル者
アリ或ハ又法律ノ效力ヲ受クヘキ材料タル慣習判決例若クハ學說等ヲ指シテ
法律ノ淵源ト稱スル者アリ然レトモ予ノ茲ニ所謂法律ノ淵源トハ前ニ述ヘタ
ル用例トハ少シク其趣ヲ異ニシ法律ヲ構成セル材料ヲ謂フモノナリ故ニ民法
ノ淵源トハ普通私法タル民法ヲ構成スル民事ノ法規ヲ指スモノナリ
民法ノ淵源ハ何ナルヤノ問題ニ付テハ多少異論アルモ我民法ノ解釋トシテハ
通説トシテ法令條約及ヒ慣習法ノ三ヲ以テ民法ノ淵源トス故ニ予ハ先ツ本節
ニ於テ其法令ニ付テ研究セントス
予カ茲ニ法令ト謂フハ廣ク成文ノ民法法規ヲ總稱スルモノナリ即チ民法法規

ニシテ其發生ノ時ニ文章ヲ以テ發表セラレタルモノハ總テ法令中ニ包含スルモノナリ而シテ法令ノ發生變更消滅及ヒ其效力等ヲ論スルハ憲法ノ講義ニ屬スルヲ以テ本講義ニ述ヘス故ニ予ハ單ニ法令ノ種類ニ付テノミ少シク叙述セシトス

民法ノ淵源タル法令ハ左ノ三種ニ區別スルコトヲ得

- 一 法律 法律ナル語ニ廣狹ノ二義アリ廣義ニ於ケル法律トハ一國ニ於テ行ハルル法令全體ヲ總稱ス之ニ反シテ狹義ノ法律トハ憲法ノ規定ニ據リテ帝國議會ノ協賛ヲ經テ天皇之ヲ裁可シテ公布シタルモノヲ謂フ而シテ民法ノ法規ハ多クハ法律ノ形式ニ依リテ成ルモノナリ例ヘハ民法法典ノ如キ其他種種ノ民法ニ關スル單行法ノ如キ多クハ法律ノ形式ニ據リテ發布セラレ居ルカ如シ
- 二 命令 命令トハ憲法上法律ニ對シテ用フル語ニシテ帝國議會ノ協賛ヲ經スシテ發布スルモノヲ總稱ス民法法規ニシテ命令ノ形式ニ據ルモノハ法律ノ形式ニ據ルモノノ如ク多カラサルモ多少ナキニ非ス而シテ命令ハ種種ナ

ル標準ニ據リテ之ヲ區別スルコトヲ得即チ命令ヲ法律トノ關係ヨリ觀テ法律ニ代ル勅令獨立命令委任命令執行命令等ニ區別スルコトヲ得又之ヲ命令スル者ノ點ヨリ觀テ勅令閣令省令府縣令等ニ區別スルコトヲ得

三 憲法實施以前ノ法令 憲法實施以前ノ發布ニ係ルモノニシテ法律規則或ハ命令布告達其他何等ノ名稱ヲ用フルニ拘ハラス民法ノ法規ニ屬スルモノハ總テ民法ノ淵源ノ一部ヲ成スモノナリ而シテ此憲法實施以前ニ於ケル法令規則命令布告達等ノ名稱ハ如何ナル標準ニ據リテ之ヲ區別セルカ判然セ

ス
以上述ヘタル三種ハ民法ノ淵源ノ一種類ナル法令ノ大別ナリ尙ホ之ヲ各簡法令ニ據リテ列舉スレハ略ホ次ニ述フルカ如シ但次ニ述フル所ハ唯予ノ調査セ

ルモノヲ示スニ過キサレハ固ヨリ脱漏アルヤモ知ルヘカラス故ニ其不足ノ分ハ諸君各自ノ研究ニ由リ補ハレシコトヲ希望ス

イ 民法法典

ロ 民法施行法

民法總則 緒論 民法ノ淵源 法令

- ハ 明治六年第十八號布告地所買入書入規則第十一條
- ニ 明治六年第三十六號布告年齡計算方ニ關スル規則
- ホ 明治十年第六十六號布告利息制限法
- ヘ 明治三十二年法律第四十號失火ノ責任ニ關スル法律
- ト 明治三十二年法律第六十七號外國人抵當權ニ關スル法律
- チ 明治三十二年法律第九十四號國籍喪失者ノ權利ニ關スル法律
- リ 明治三十三年法律第七十二號地上權ニ關スル法律
- ス 明治三十四年法律第六十七號永代借地權ニ關スル法律

第二節 慣習法

古代ノ人文未タ發達セサル時代ニ在リテハ慣習法ナルモノハ民法ノ淵源ノ全部ヲ占メタルコトハ疑ナキ事實ナリ然レトモ人文次第ニ進歩シ立法ノ術モ亦益々發達シテ文章ヲ以テ法令ヲ發布スルニ至リテ慣習法ハ漸ク其範圍ヲ縮少セリ近世ニ至リテハ立法上全ク慣習法ノ存在ヲ認メサルモノナルニ至レリ我國

ニ於テハ新民法ノ實施以前ハ明治八年第百三號布告裁判事務心得ナルモノアリテ其第三條ニ成文存スル場合ハ成文ニ依リ之ナキ場合ハ慣習ニ依リ慣習ナキ場合ハ條理ニ依ルヘキ旨ヲ規定アリタリ當時成文ノ民法法規極メテ僅少ナリシヲ以テ慣習法ハ民法淵源ノ大部分ヲ占メタリ而シテ新民法ニ於テハ此ノ如キ規定アラサルモ一般ノ法律ノ適用ニ關スル通則ヲ規定シタル法例第二條ニハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限リ法律ト同一ノ效力ヲ有スル旨ノ規定アルヲ以テ慣習法ハ民法法典ノ編纂ニ依リテ本ニ其範圍ヲ縮少シタルモ尙ホ依然トシテ我民法ノ淵源ノ一部ヲ成スモノナリ慣習法ニ關スル法理ヲ研究スルハ尙ホ前ニ述ヘタル法令ノ場合ニ於ケルカ如ク直接ニ民法ノ講義ノ範圍ニ屬スルモノニ非ス然レトモ慣習法ハ殊ニ民法ニ於テ必要ナルモノナルヲ以テ予ハ茲ニ慣習法ノ發生及ヒ其效力ニ付テ少シク研究セントス

第一 慣習法ノ發生

慣習法ハ如何ニシテ發生スルモノナルヤ此點ニ付テハ種種ノ學說アリ今參考

ノ爲メ左ニ略説セシトスルハ、一、永續慣行説、此説ニ依レハ慣習ナルモノハ永續慣行ニ因リテ法タルノ效力ヲ生スルモノトセリ「デルンブルグ」ニ「エンゲル」氏此説ヲ主張ス、二、國民意思説、此説ニ依レハ成文法ハ國家ノ意思ヲ文章ニ依リテ表示シタルモノニシテ慣習法ハ國民ノ意思ヲ實行(Übung)ニ依リテ表示シタルモノトス、羅馬ノ帝政時代ノ學者此説ヲ主張ス、三、國民確信説、此説ニ依レハ國民カ其行ヲ所ノ慣習ヲ法ナリト確信(Festglaubens)シタルトキハ慣習ハ法タルノ效力ヲ生スルモノナリ、近世ノ歷史派ノ法學者此説ヲ主張ス、四、國家默認説、此説ニ依レハ慣習カ事實各人ノ關係ヲ支配シ且法ヲ作用ヲ爲スニ拘ハラス國家ハ之ヲ制禁スルコトナク又之ニ代ルヘキ法則ヲ設ケサルトキハ國家ハ慣習ノ效力ヲ默認シタルモノニシテ慣習ハ之ニ因リテ法タルノ效力ヲ生ストセリ、第十八世紀時代ノ法學者ハ多ク此説ヲ主張セリ、五、一定ノ條件説、此説ニ依レハ慣習ナルモノハ一定ノ條件ヲ具備スルニ至

レハ法タルノ效力ヲ生ストセリ「ホルランド」氏此説ヲ主張セリ、六、法廷承認説、此説ニ依レハ慣習ナルモノハ裁判所ノ保護ヲ受ケタルトキニ法タルノ效力ヲ生ストセリ「ベンザム」「オーグステン」等此説ヲ主張セリ、右ニ述ベタル數例ノ學說中果シテ孰レカ正當ナルカ其當否ヲ審查スルニハ先ツ法律ノ發生スル根源ハ何ナリヤトノ點ニ付キ熟考セサルヘカラス、歐羅巴ニ行ハルル學說ニ依レハ或ハ法律ナルモノハ總テ主權者ノ意思ニ因リテ發生スルモノナリトセリ或ハ又法律ハ國民ノ總意ニ因リテ發生ストセリ或ハ又法律ハ中成文法ハ主權者ノ意思ニ因リテ發生シ慣習法ハ國民ノ總意ニ因リテ發生ストセリ然レトモ予ノ考フル所ニ依レハ民主國ノ法律ハ總テ國民ノ總意ニ因リテ發生スルモノ君主國ノ法律ハ總テ君主ノ意思ニ因リテ發生スト信ス故ニ前ニ揭ケタル學說ハ絕對ニ其當否ヲ判斷スルコト能ハス、國體憲法ノ如何ニ依リテ論結ヲ異ニセサルヘカラス然レトモ永續慣行説及ビ一定ノ條件説ノ如キハ孰レノ國體ニ於テモ採用スルコト能ハサルモノナリ又國民意思説及ヒ國民確信説ノ如キハ民主國ノ法理論トシテハ或ハ適當ナラシモ我國ノ如キ君主國ニ於

ヲ採用スルコト能ハスルハ法律ナリ我國ニ於テハ慣習法ハ必ズ君主ノ意思ニ
因リテ發生スルモノト爲ササルニカラス然レトモ我憲法上裁判所ハ法律ヲ制
定スルノ權限ナキヲ以テ彼ハ法廷承認說ノ如キハ是レ亦我國法上ノ法律ト爲
スコト能ハス然ラハ國家默認說ハ如何予熟考スルニ我法例第二條ハ慣習カ一
定ノ條件ヲ具備スルニ至レハ之ニ法律ト同一ノ效力ヲ付與スルモノノ如シ即
チ前述セル一定ノ條件說ト異ナリテ慣習カ一定ノ條件ヲ具備スルニ至リタル
ヲ以テ直チニ法律タルノ效力ヲ有スルニ非スシテ慣習カ一定ノ條件ヲ具備ス
ルニ至リタルトモハ國家カ之ニ法律ト同一ノ效力ヲ付與スルニ因リ始メテ單
純ナル慣習カ變ヒテ慣習法ト爲ルモノナリ然レトモ亦國家ハ法例ノ規定ニ依
リテ慣習ニ法ノ效力ヲ付與スルモノナラバ以テ國家默認說トモ亦同一ナラス
故ニ我國法ノ解釋トシテハ前ニ掲ケタル數箇ノ學說ニ孰レモ之ヲ採用スルコ
ト能ハス而シテ我法例ノ採用所ハ主義ハ或ハ之ヲ法定要件說ト名クルコトヲ
得ルモノトス

例ノ規定ニ依リテ之ニ法律ト同一ノ效力ヲ付與シ以テ單純ナル慣習カ慣習法
ニ變スルモノトセハ其一定ノ條件トハ果シテ如何ナルモノナルカ法例第二條
ニ依リテ之ヲ推測スルニ大略左ノ如シト信ス

(イ) 慣習アルコトヲ要ス 慣習トハ一樣ナル方式ニ依リ反復シテ爲ス所ノ行
爲又ハ不行爲ヲ謂フモノナリ而シテ其一樣ナル行爲又ハ不行爲ヲ幾回繰返シ
テ續行スレハ之ヲ慣習ト謂フコトヲ得ルヤ此點ニ付テハ一般ニ言フコト能ハ
ス場合ニ依リテ決スヘキ問題ナリ

(ロ) 法律的慣習タルコトヲ要ス 法律的慣習トハ之ヲ行フ者カ必然的ニ之ヲ
行フ考アル場合ヲ謂フ慣習カ慣習法ト爲ルニハ必ス此要素アルコトヲ要ス然
ラテレハ縱令慣習ハ久シク行ハレタルモ決シテ慣習法ト爲ルモノニ非ス例ハ
ハ物ヲ賣買スル際ニ賣主ニ於テ通常多少ノ代價ヲ減スル慣習アル場合ノ如キ
モノナリ此等ノ場合ニ於テハ當事者ノ思想ニ於テ必然ノ義務トシテ之ヲ爲ス
モノニ非サルヲ以テ如何ニ久シク之ヲ續行スルモ其慣習ハ慣習法ト爲ラス

(ハ) 全國民若クハ其一部分ノ慣習タルコトヲ要ス 單ニ一箇人ニ限ル慣習ノ

如キモノハ所謂其人ノ癖トモ謂フヘキモノニシテ慣習法上爲ルヘキモノニ非
ス
(二) 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習タルコトヲ要ス。公ノ秩序ニ反
ストハ國家ノ安寧ヲ害シ社會ノ秩序ヲ紊ルヲ謂フ又善良ノ風俗ニ反ストハ道
徳ノ觀念ニ違背シテ風俗ヲ破ルモノヲ謂フ此ノ如ク公ノ秩序又ハ善良ノ風俗
ニ反スル慣習ハ慣習法タルコトヲ得サルハ固ヨリ論ヲ俟タス
(ホ) 法令ニ認メタル慣習又ハ法令ニ規定ナキ事項ニ關スル慣習タルトモ要
ス 法令ニ認メタル慣習トハ例ヘハ民法第二百十七條第二百十九條第二百二
十八條第二百三十六條第二百六十三條第二百六十九條第二百七十七條第二百
九十四條等ニ於テ認メタルモノノ如シ又法令ニ規定ナキ事項ニ關スル慣習ト
ハ法令ニハ全ク規定ナクシテ慣習存在スル場合ヲ謂フ
以上五ノ條件ヲ具備シタルモノキハ我法律ハ單純ナル慣習ニ法タルノ效力ヲ付
與シテ慣習法ヲ發生スルニ至ルモノナリト信ス 法例第二條參照
第二 慣習法ノ效力ニ關シテ同一ノ法例ニ參照ス

慣習法ハ如何ナル效力ヲ有スルカ成文法ト同等ノ效力ヲ有スルカ即チ慣習法
ハ成文法ヲ補充スルノミナラス之ヲ變更廢止スルノ效力ヲ有スルモノナルカ此
問題ニ關スル諸國ノ立法例ヲ舉タレハ大凡左ノ如シ
一 慣習法ヲ以テ成文法ト同等ノ效力違反の效力ヲ有スト爲スモノ即チ慣習
法ヲ以テ成文法ヲ變更廢止スルノ效力ヲ有ストスルモノナリ例ヘハ羅馬法
ノ如キモノ是ナリ(デルンブルグ氏パンデクテン第一卷第二十八章)

二 慣習法ヲ以テ單ニ成文法補充ノ效力(補充的效力)ノミヲ有スルモノト爲ス
モノ即チ慣習法ハ敢テ成文法ヲ變更廢止スルノ效力ヲ有セサルモ成文法ニ
於テ規定ノ缺タルトキ若クハ成文法ハ慣習法ニ規定ヲ讓リタルトキハ之
ヲ補充スルノ效力アリトスルモノ例ヘハ普漏西國法奧太利民法佛蘭西民法
(但明文ナキモ學說上)ノ如キモノナリ
三 慣習法ノ效力ヲ全ク認メサルモノ即チ慣習法ハ成文法ヲ變更廢止スルノ
效力ナキハ固ヨリ之ヲ補充スルノ效力ヲ有セサルモノナリ例ヘハ普
漏民法ノ如キモノ是ナリ

右ノ如ク立法例區區ニシテ一定セサルハ各國ノ立法者各其意見ヲ異ニスルカ爲メナリ而シテ其主張スル所ヲ聞クニ慣習法ヲ以テ成文法ト同一ノ效力ヲ有セシムヘシト爲ス論者ハ曰ク法律ハ社會ノ必要ニ應ジテ發生スルモノナリ然ルニ其必要ハ決シテ一定不動ノモノニ非ス事ロ時時刻刻變化極リナキモノナリ故ニ法律カ社會ノ必要ヲシテ満足セシメント欲セハ之ト共ニ時時刻刻ニ變化セサルヘカラス今成文法ナルモノヲ考ラレバ簡ノ死物ナリ社會ノ必要ニ應ジテ之ト共ニ變化スルコトヲ得ス隨テ成文法ハ到底社會ノ必要ヲ完全ニ満足セシムルコト能ハス然レトモ若シ慣習法ニ與フルニ成文法ト同一ノ效力ヲ以テシテ之ヲ變更廢止スルコトヲ得ルモノトモハ慣習法ハ社會ノ必要ト共ニ變化スルコトヲ得ルヲ以テ其社會ノ必要ニ適當ナル成文法ノ規定ハ之ヲ變更廢止シテ法律ヲシテ能ク社會ノ必要ニ應セシムルコトヲ得故ニ慣習法ニ與フルニ成文法ト同等ノ效力ヲ以テスルヲ適當トスト之ニ反シテ慣習法ノ效力ヲ全ク認めヘカラスト爲ス論者ハ曰ク反對論者カ成文法ヲ以テ單ニ現在ノ事ヲミテ規定スルモノト爲スハ觀レテ成文法中ニハ將來ヲ豫想シテ設クルモノ

勢カラス且成文法ニシテ各種ノ事項ニ關シテ簡便ノ場合ヲ規定スルモノハ故ク措キ其規定ヲ單ニ原則ノミニ止メ敢テ簡便ノ細則ニ涉ラナレハ反對論者ノ言ヲカ如ク成文法ハ直チニ社會ノ必要ニ違背スルモノニ非ス假ニ成文法カ社會ノ必要ト共ニ變化スルコト能ハサルモノトスルモ今日ノ如ク立法機關ノ發達シタル時代ニ在リテハ成文法中時勢ニ不適當ナルモノアリタルトキハ之ヲ改良シテ社會ノ必要ニ適合セシムルコトハ難キニ非サルヘシ加之今日ハ法學進步セルヲ以テ成文法ノ時勢ニ適セサル部分ハ解釋術ヲ用ヒテ十分ニ其不足ヲ補フコトヲ得ルモノナリ而シテ彼ノ慣習法ナルモノヲ觀ルニ極メテ不確實ノモノナルヲ以テ種種ナル解釋論ヲ生シ徒ニ訴訟ヲ多カラシムルニ至ル故ニ慣習法ハ縱令多少有益ナル所アルモ此等ノ弊害ヲ償フコト能ハサルヲ以テ其效力ヲ認めヘキモノニ非ズト又慣習法ニハ單ニ成文法補充ノ效力ノミヲ認ムヘント爲ス論者ハ曰ク前説カ成文法ヲ以テ全ク目前ノ事ニミテ規定シテ須臾モ時勢ニ適合スルモノ能ハサルモノト爲スハ誤レリ然レトモ人間ハ不完全ナルモノナルヲ以テ實明ナル立法者ト雖モ其規定スル所往往ニシテ脱漏アルコ

トヲ免レス此ノ如キ場合ニ於テ後説ヲ主張スル者ハ立法機關ノ發達ト法學ノ進歩トヲ以テ之ヲ補フヲ稱スルモ將來ハ知ラズ現今ハ有様ニ於テハ決シテ容易ノ業ニ非ス寧ロ慣習法ヲ以テ成文法補充ノ效力ヲ有スルモノトセハ直チニ法典ヲ修正シ若クハ單行法ヲ發スル手續ヲ要セス且最モ善ク民情ニ適合スベキヲ以テ簡單ニシテ最良ノ手段ナリ慣習法トハ固ヨリ漠然タルモノナルモ國法全體ヲ慣習法ト爲スト言フニモ非ス或一定ノ範圍内ニ於テノミ之ヲ認ムルモノナルヲ以テ其害大ナリト謂フコト能ハス況ヤ其一定ノ範圍内ニ於テ慣習法ヲ認ムルハ前述セルカ如キ利益アルニ於テヲヤト謂フハ其害大ナリト謂フ以上ハ慣習法ノ效力ニ關スル諸國ノ立法例及ヒ其理由ノ大要ナリ我新民法ニ於テハ慣習法ノ效力ニ關スル明文ナキモ法例ノ規定ニ依リテ民法上ノ慣習法ノ效力ヲ知ルコトヲ得ルナリ即チ我國法ハ前ニ掲ケタル立法例中第二ノ主義ヲ採用セリ故ニ我民法上慣習ノ效力ハ左ノ如キモノト爲ラン法例第二條參照イテ慣習法ハ成文法ヲ變更廢止スルノ效力ヲ有セス又ハ法例第二條參照イテ慣習法ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルトハ法令ニ規定ナキ事項ニ關

スルモノナルトキニ限リ成文法ヲ補充スル效力ヲ有ス

第三節 條約

條約ハ民法ノ淵源ノ一種ナルモ或ハ廣義ニ之ヲ言ヘバ條約ハ法律ノ淵源イマ種ナルヲ換言スレハ條約ハ法律ノ如ク國民ニ對シ拘束力ヲ有スルヤ此問題ニ付テハ一般ニ論スルコトヲ得ス立法主義ニ如何ニ依リ種々異ナリタル論議ヲ生ス本問題ニ關スル諸國ノ立法例ヲ見ルニ英國主義及ヒ米國主義ノ二ニ大別スルコトヲ得英國主義トハ條約ト法律ヲ全ク別視スルノ主義ナリ即チ此主義ヲ採ル論者ハ曰ク條約ハ國ト國トノ間ニ締結シタルノ契約ナリ故ニ條約ハ性質上單ニ其當事者タル國ト國トノ間ニ於テノミ效力アルモノニシテ法律人如ク當事者以外ノ國民ニ對シテ效力ヲ有セス若シ國家カ條約ヲ履行スル爲メニ之ヲ臣民ニ對シテモ拘束力ヲ有セシメントセハ更ニ其條約ニ基キ國法上ノ形式ヲ踐ミ法令ヲ發布スルヲ必要トス單ニ條約ヲ締結シタルノミニテハ臣民ニ對シテ何等ノ效力アルモノニ非ス隨テ條約ハ法律ノ淵源ノ一種ナリト謂フ

ヲ得スト此英國主義ハ理論上固ヨリ正當ナリ然レトモ此主義ニ據ルトキハ實際上或ハ困難ナル問題ヲ生スルコトアルヲ免レヌ即チ條約締結セラレ國ト國トノ間ニ成立シタル後之ヲ履行スル爲メニ法律ヲ必要トスルカ故ニ其法律案ヲ議會ニ提出シタル際ニ議會ハ之ヲ否決シタル場合ノ如キ是ナリ此場合ニ於テハ條約ハ依然トシテ成立スルニ拘ハラズ之ヲ履行スル能ハサル結果ヲ生ス英國ハ所謂責任内閣ノ國ニシテ其内閣ハ常ニ議會ニ於テ多數ヲ占ムルヲ以テ此ノ如キ困難ハ實際上未タ生シタルコトナシ然レトモ是レ唯英國ノ如キ國ニ於テノミ然ルコトヲ得ルモノニシテ他ノ國ニ於テハ決シテ此等ノ難問ヲ生セスト謂フヘカラス現ニ普普通通ニ於テ先年此例ヲ見タルナリ是ニ於テカ所謂米國主義生シタル米國主義トハ條約ヲ以テ法律ト同一視スル主義ナリ即チ米國憲法ニ於テハ條約ハ其締結ノミヲ以テ法律ト等シク臣民ニ對シ拘束力ヲ有シ英國主義ノ如ク更ニ其條約ニ基キ法律ヲ發布スルコトヲ要セスト規定セリ故ニ此主義ニ據レハ條約ハ臣民ニ對シ拘束力ヲ有シ隨テ法律ノ淵源ノ一種ナリト謂フコトヲ得

以上述フル如ク米國主義ニ據レハ條約ハ之ヲ法律ノ淵源ノ一種ニ看ルコトヲ得ルト雖モ英國主義ニ據レハ之ヲ以テ法律ノ淵源ノ一種ト謂フヲ得ス然ラハ我憲法ノ主義如何我憲法ハ米國憲法ノ如ク明カニ條約ハ臣民ニ對シテ拘束力ヲ有スル旨ノ規定ナシ果シテ然ラハ我憲法ハ英國主義ヲ採用シタルモノナリト謂フコトヲ得ヘキカ此點ニ關シテハ我憲法ノ解釋上大別三箇ノ見解アリ

第一 積極說 此說ニ曰ク我憲法ハ米國憲法ノ如キ明文ナシト雖モ第十三條ニハ天皇ハ職ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ條約ヲ締結ストアリ故ニ我憲法上條約ノ締結權ハ天皇ノ大權ナリ然ラハ之ニ基キテ締結シタル條約ハ臣民ニ對シテ拘束力ヲ有スルモノトセサルヘカラス蓋シ若シ然ラストセンカ條約締結權ヲ天皇ノ大權ニ屬セシメタル目的ヲ達スルコト能ハサルヲ以テナリ故ニ條約ハ法律ノ淵源ノ一種ナリト謂フコトヲ得ト

第二 消極說 此說ニ曰ク我憲法ハ所謂英國主義ヲ採用シタルモノナリ故ニ我憲法上條約ハ國ト國トノ間ニ締結シタル一箇ノ契約ニ過キスシテ直接ニ臣民ニ對シテ拘束力ヲ有スルモノニ非ス隨テ條約ハ法律ノ淵源ノ一種ナリト謂

ヲ得スト

第三 折衷說

此說ヲ主張スル者ハ曰ク條約ハ我憲法上國ト國トノ間ノ契約ニシテ單ニ之ヲ締結シタルノミニテハ當事者タル國ト國トノ間ニ效力ヲ有スルニ過キスシテ當事者以外ノ臣民ニ對シテハ何等ノ效力ナキモノナリ然レトモ國家カ條約ヲ締結シタル後之ヲ公布スルト同時ニ更ニ之ニ附帶シテ一箇ノ法令ヲ發布シ臣民ニ對シ其條約ヲ遵奉スヘキコトヲ命シタルトキハ臣民ハ之ニ因リテ條約ヲ遵奉スルノ義務ヲ負擔スルモノナリ又國家ハ特ニ此ノ如キ法令ヲ發布セスト雖モ條約ヲ公布シテ之ニ因リテ暗黙ニ臣民ニ對シテ條約ヲ遵奉スヘキコトヲ命シタルトキハ臣民ハ單ニ其條約ヲ公布スルノミニテ之ヲ遵奉スル義務ヲ負フモノト謂ハサルヘカラス故ニ我憲法上條約ハ之ヲ締結シタルノミニテハ未タ以テ臣民ニ對シテ何等ノ效力ナク隨テ法律ノ淵源ノ一種ト謂フコト能ハスト雖モ之ヲ公布シタルトキハ之ニ因リ臣民ニ對シテ拘束力ヲ生シ以テ法律ノ淵源ノ一種ナリト謂フヲ得ヘシトハ一斷言ニテ然レ

以上三箇ノ學說中我國法ノ解釋トシテハ第三說即チ折衷說最モ穩當ナリト信

ナ詳述スヘシ

(二) 法律行為ノ目的ハ可能ナラサルヘカラス

法律行為ハ吾人ノ需要ヲ滿足セシムル爲メニ爲スモノナルカ故ニ其要求スヘキ行為又ハ不行爲カ不能トモノナリシトキハ法律ハ之ヲ保護シ其效力ヲ生セシムルコトヲ得サルカ故ニ法律ノ保護ヲ受タヘキ法律行為ハ其目的ハ必ズ可能トモナラサルヘカラス舊民法ハ財產編第三百二十二條ニ於テ合意ハ不法又ハ不能ノ作爲又ハ不作爲ヲ目的トスルトキハ無効ナリト規定セリト雖モ單リ合意ノミナラス法律行為ノ目的ハ不能ナルコトヲ許サス例ヘハ不能ノ事項ヲ目的トセル遺言モ亦無効ナルカ如シ茲ニ不能ト謂ヘルハ關係の不能ニ非スシテ絕對の不能タルコトヲ忘ルヘカラス即チ主觀の不能ニ非スシテ客觀の不能ヲ謂フモノナリ其性質ハ永久タルコトヲ要セス唯法律行為ヲ爲ス當時ヨリ其履行ヲ爲ス時期ニ於テ何人モ之ヲ遂行スルコトヲ得サルモノナリトセハ其目的ハ不能ナリト謂ハサルヘカラス

第二節 法律上ノ效力ヲ生スヘキ意思表示ノ限界

第一項 積極的限界

私法上ニ於テハ各人ノ意思ハ最大權力ヲ有ストノ格言ハ或程度ニ於テ各國立法例ノ認ムル所ニシテ此格言ノ意義ハ私法上ノ法律關係ニ於テハ當事者ノ意思ヲ重シ其意思ニ從ヒ權利義務ノ範圍ヲ定ムヘク法律ノ規定ハ法律行為ノ當事者ノ意思ニ打勝ラコトヲ得スト云フニ在リ換言セバ或法律行為ニ付テ當事者間ニ特別ノ意思ヲ表示シタルトキハ其間ノ權利義務ハ關係ハ當事者ノ意思ニ因リテ判斷スヘキモノニシテ特別ノ意思ヲ表示セサルトキニ限り法律ノ規定ニ從フヘキモノナリト云フニ在リ蓋シ當事者間ニ於テ法律ノ規定ニ違背シタル意思ヲ表示セサル所以ノモノハ法律ノ規定ニ從ヒテ權利義務ヲ確定セシトスル意思ヲ有スルモノニシテ法律ハ當事者ノ希望ニ應ジテ其效力ヲ生セシムルモノニシテ其效力ハ當事者ノ豫期スル所ナルカ故ニ此場合モ亦法律ハ當事者ノ意思ヲ認メテ之ヲ保護スルモノナリト謂フコトヲ得而シテ私法上ニ於

テハ當事者ノ意思ニ依リテ違奉ノ義務ヲ免ルコトヲ得ヘキ所謂任意的ノ規定カ其大部分ヲ占ムルト雖モ當事者ノ意思ヲ以テ之カ服從ノ義務ヲ免ルコトヲ許ササル強行的ノ規定モ亦尠シト爲サス例ヘハ第四十五條第四十八條第五十一條第七十九條第八十一條第三百三十一條第三百三十二條等ノ如キ是ナリ此等ノ規定ハ立法者カ公ノ秩序ヲ維持スルカ爲メニ公益上ノ必要ヨリシテ設ケタルモノナルカ故ニ各人ノ意思ヲ以テ其限界ヲ超越シテ權利義務ノ關係ヲ確定セシムルコトヲ許サス換言セバ法律カ各人ノ意思ノ自由ヲ認メテ其意思ニ依リテ法律關係ヲ確定セシムルハ公ノ秩序ニ關スル規定ニ反セサルコトヲ要件トス若シ其要件ニ於テ缺クル所アルトキハ當事者ノ意思表示ハ法律上ノ保護ヲ受クルコトヲ得ス第九一條參照更ニ之ヲ反言スレハ公ノ秩序ニ關スル規定ニ反セサル限ハ各人ハ自由ニ意思表示ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ法令中ノ任意的規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行為ノ當事者ハ其慣習ニ從ヒテ權利義務ノ範圍ヲ確定スヘキ意思ヲ表示スルコトヲ得シ是ハ亦法律カ公ノ秩序ニ反スル規定ニ關セサル限ハ當事者ノ意思ヲ重シ之ヲ保護

「スルニ外ナラス」云々ニ依テ、法律上ノ效力ヲ生スヘキ意思表示ノ限界ハ、慣習トハ時ヲ異ニシテ發生シタル同一性質ノ事件ニ對シテ同様ノ關係ヲ確定シタル規則ニシテ二人以上ノ間ニ遵奉セラレタルモノナリ即チ慣習ノ要素ヲ舉ケレハ左ノ如シ。

第一 二人以上ノ間ニ行ハレタルモノナラサルヘカラス。即チ自己單獨ニテ同一事件ニ對シテ同様ノ方法ヲ繰返シタレハトテ相手方若クハ第三者ヲ拘束セサル限ハ法律上ノ慣習ヲ生セサルモノトス蓋シ相手方カ拘束スル力ナキモハ或法律關係ヲ確定スル效力ヲ有セサレハナリ所謂慣習トハ一地方若クハ或階級ニ行ハルモノニシテ其地方ニ住居又ハ其階級ニ屬スル人ハ之ヲ遵守スルコトヲ適當トス商慣習ノ如キ地方ニ於ケル特種ノ慣習ノ如キ即チ是ナリ。

第二 時ヲ異ニシテ發生シタル同一性質ノ事件ニ對シ同様ノ關係ニ於テ其事件ヲ確定シタルモノナラサルヘカラス。時ヲ異ニセサレハ慣習ヲ生スルコトナキハ勿論ナリ又或異ナリタル事件ニ對シテ偶同様ノ關係ニ於テ終局ヲ定ムルコトアルモ決シテ慣習ヲ生スルモノニ非ス。

第二項 消極的限界

(イ) 法令ヲ以テ禁止セル事項ニ違反セル意思表示ハ其效力ヲ生セサルモノトス法令カ或事項ヲ禁止セル所以ノモノハ其事項ヲ目的トスル意思表示ニ對シテ法律上ノ效力ヲ生セシムルハ公ノ秩序ヲ害スルモノト認メテ箇人ノ意思表示ニ對シテ消極的限界ヲ設ケタルモノナリ故ニ此限界ヲ超越スル意思表示ハ法律上無効トス例ヘハ豫メ時効ノ利益ヲ拋棄スルカ如キ法律ニ定メタル方法ニ據ラスシテ實物ヲ處分セシムルコトヲ約スルカ如キ即チ是ナリ(第一四六條第三四九條)。

(ロ) 法令ヲ以テ禁止セサル事項ヲ指定セサルモ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル意思表示ハ無効トス蓋シ各人ノ自由活動ノ範圍ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ヲ害セル程度ニ於テ之ヲ限定セズンハ社會ノ秩序ハ紊亂シ風俗ハ頹廢シテ遂ニ共同生活ノ實ヲ舉タルコトヲ得サルニ至ル法律ハ人類ノ共同生活ヲ持續セシメ且發達セシムルコトヲ以テ目的トスルモノナルカ故

「苟モ共同生活ノ持續及ヒ發達ニ障害ヲ加フル事項ハ總テ之ヲ排除セサルヘカラス而シテ其事項ノ顯著ナルモノハ法令ヲ以テ禁止シ豫メ其發生ヲ止ムルコトヲ得ヘシト雖モ世運ノ進歩ニ伴ヒ法律關係ハ益々複雜ニ趨キ各人ノ行動モ亦千態萬狀止マル所アラサルヲ以テ將來ニ發生スヘキ事項ヲ豫想シテ各事項ニ付キ法令ヲ以テ之ヲ禁止センコトハ殆ト不能ニ屬スルモノトス隨テ法律ハ概括的ノ規定ヲ設ケ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ之ヲ無効ト定メタリ(第九〇條)

公ノ秩序トハ共同生活ヲ持續セシメ且發達セシムルニ必要ナル狀態ナリ此狀態ヲ破ラントスル事項ハ即チ公ノ秩序ニ反スルモノニシテ如何ナル事項カ之ニ該當スヘキモノナルヤハ事實問題ナルヲ以テ豫メ之ヲ限定スルコトヲ得ス然レトモ之ヲ判定スル標準ハ共同生活ノ持續及ヒ發達ニ危害ヲ加ヘ又ハ危害ヲ加フル虞アルモノナルコトヲ應ルヘカラス例ヘハ人ノ身分上ノ權利親權夫權等ヲ制限スルコトヲ目的トスル契約ノ如キ(明治三十年第四九七號大審院判決公權ノ行使ヲ制限スルコトヲ目的トスル契約ノ如キ又ハ身體ノ自由ヲ拘束

シ若クハ職業ノ自由ヲ制限スルコトヲ目的トスル契約ノ如キ(明治二十三年第一〇四號同二十九年第六號同三十四年第三〇八號大審院判決所有權ヲ絕對的永久ニ他ニ讓渡セサルコトヲ契約スル如キ(明治三十一年第五五號大審院判決)即チ是ナリ

善良ノ風俗ニ反スル事項トハ一般ノ道德觀念ヨリ觀察シテ判斷スヘキモノナリ若シ一般ノ風俗カ漸次頹廢ニ向ヒ健全ナル道德觀念ヲ缺乏スルトキハ裁判官ハ自己固有ノ道德觀念ヲ以テ之ヲ補充シ事實ニ就テ其當否ヲ判斷セサルヘカラス例ヘハ虛偽ノ陳述ヲ爲スヘキコトヲ目的トスル契約ノ如キ職業ニ從事スルコトヲ約束スルカ如キ父母ト同居シタルトキハ違約金ヲ支拂フヘキコトヲ約束スルカ如キハ皆善良ノ風俗ニ反スルモノナルヲ以テ其效力ヲ生セス玆ニ注意スヘキコトハ法律行為ノ目的ト法律行為ヲ爲スノ目的即チ緣由トヲ混同セサルコトヲ要ス法律行為ノ目的ハ行為其モノノ要素ヲ成スモノナレトモ緣由ハ法律行為ヲ爲スニ至リタル決意ノ理由ニシテ同一法律行為ニ在リテモ法律行為ヲ爲ス當事者ヲ異ニスルニ從ヒ又ハ之ヲ爲ス事情ヲ別ニスルニ由

リテ異ナルモノニシテ法律行為ノ目的ノ如ク一定不動ノモノニ非ス例ヘハ賣買ノ目的ハ如何ナル場合ニ於テモ賣主ハ代金ヲ取得スルコトヲ目的トシ買主ハ或財產權ヲ取得スルコトヲ目的トスルモノナリト雖モ賣買ヲ爲スモ至リタル決意ノ理由ニ至リテハ或ハ借財ヲ辨濟スヘキ資金ヲ調達セシメ爲メニスルカ又ハ他ノ物品ヲ購入セシカ爲メカ若クハ換價處分ヲ爲スヲ便利ナリトスルニ因ルカ或ハ轉買ニ依リテ利益ヲ得ントスル等ノ如シ要スルニ法律行為ヲ爲ス目的ハ心裡作用ニ過キスシテ法規ヲ以テ支配スルコト能ハサルモノナレバ其目的ノ不法ハ法律ノ間ヲ所ニ非ス例ヘハ人ヲ毒殺セシカ爲メ毒藥ヲ買入ルカ如キ人ヲ毒殺セントスルハ不法行為ヲ爲サントスルモノナルモ是レ毒藥購入ノ緣由ニシテ目的ニ非サレハ之カ爲メニ毒藥賣買ノ無効ヲ惹起スルコトナシトス

第三節 意思表示

第一款 意思表示ノ關係

第一項 汎論

意思表示トハ法律行為ノ基礎ニシテ表意者カ其意思ヲ外部ニ發表シタルモノヲ謂フ蓋シ法律行為ノ因リテ生スル根源ハ意思ナリト雖モ意思ハ心裡作用ニシテ外部ヨリ之ヲ知ルコトヲ得サルカ故ニ之ヲ外部ニ發表スルニ非サレハ之ニ法律上ノ效力ヲ付與スルコトヲ得サルハ論ヲ埃タス隨テ法律ハ意思表示アル場合ニ於テ始メテ法律上ノ效力ヲ生スヘキモノトセリ意思表示ニ關シテハ之ヲ三ノ主義ニ區別スルコトヲ得

一 意思主義 此說ハ意思ニ重キヲ置タモノニシテ總令意思表示アルモ其表示カ意思ト一致スルニ非サレハ之ニ法律上ノ效力ヲ付與スヘキモノニ非ストスルノ主義ニシテ是レ法律ハ當事者ノ意思ヲ保護スヘシトノ理論ヲ嚴格ニ守ラントスルモノナレハ此說ハ論理上ニ於テハ正當ナリト雖モ此說ニ偏スルトキハ相手方ヲシテ測ラサル損害ヲ被ラシメ爲メニ取引ノ安全ヲ害スルノ弊ナシトセス

一 表示主義 此說ハ表示ニ重キヲ置クモノニシテ表意者ノ真意ノ如何ニ拘ハラス表示セラレタル意思ヲ以テ其者ノ意思ナリトシ之ニ對シテ法律上ノ效力ヲ付與セザルヘカラストスルモノナリ此說ハ論理ニ拘泥セスシテ專ラ取引ノ安全ヲ保チ困難ナル爭訟ヲ避ケントスル便宜主義ニ由ルモノニシテ或場合ニ於テハ固ヨリ此主義ニ依ル必要アリト雖モ總テノ場合ニ於テ此主義ヲ貫徹セントセハ甚タ不當ナル結果ヲ生スルコトナシトセス例ヘハ相手方ニ於テ表意者ノ真意ヲ知リタル場合ニ於テ誤リテ真意ニ非サルコトヲ表示シタル善意者ヲシテ計ラサル損害ヲ被ラシメ惡意ノ相手方ヲシテ却テ利益ヲ取得セシムル如キ場合アルヲ以テナリ

三 折衷主義 前二說ヲ折衷シ原則トシテハ意思ト表示ト相互ニ一致スルコトヲ必要トシ若シ真意ト表示セラレタル意思ト異ナリタルトキハ之ヲ知ルコト能ハサルカ故ニ場合ニ依リテハ表示ニ重キヲ置キ真意ニ非サル意思表示ナリト雖モ之ニ法律上ノ效力ヲ付與セザルトキハ善意者ヲ害シ取引ノ安全ヲ保持スルコトヲ得サルヲ以テ特ニ例外ノ規定ヲ設ケ意思ト表示ト異ナリタルト

キト雖モ其意思表示カ法律上ノ效力ヲ生スヘキ場合ヲ認メ前ノ二主義ヲ調和セントスルモノナリ我民法ハ即チ此主義ヲ採用セリ

第二項 意思表示ノ方法

意思表示ハ何等ノ形式ヲ要セザルコトヲ原則トシ例外トシテ法令ヲ以テ特ニ一定ノ形式ヲ以テ表示スルニ非サレハ其效力ヲ生セザルコトヲ定ム一定ノ形式ヲ以テ表示スルコトヲ必要トスルモノハ之ヲ要式行為トシ之ニ反シテ一定ノ形式ヲ以テ表示スルコトヲ要セザルノ行為ハ之ヲ無式行為ト謂フ法律ノ發達尙ホ幼稚ナル時代ニ至リテハ單純ナル意思ノミニテハ法律上ノ效力ヲ生セザルコトヲ原則トシ物權ノ設定、移轉又ハ債權ノ發生ニ付テモ一定ノ方法及ヒ簡式ヲ履ミタル意思表示ヲ必要トスルモノ極メテ多カリシカ中世ニ至リテ交通ハ頗ル頻繁ト爲リ手數ト費用トヲ節約シ取引ノ敏捷ヲ企圖スル觀念ノ發達ニ伴ヒ此制度ハ漸次頽廢ニ歸シタルモノナリ

近世ノ立法例ニ於テハ一定ノ形式ニ從ヒテ意思表示ヲ爲スコトヲ必要トスル

モノハ之ニ依リテ取引ノ安全ヲ保持シ又ハ或弊害ヲ排除スルノ目的ヲ有スルモノノ外ハ意思ヲ表示スル方法ニ付テハ何等ノ制限ヲ設ケサルモノトス民法ニ於テ特別ノ形式ヲ要スル行為ハ例ヘハ隱居婚姻離婚養子縁組遺言等ノ如キ商法ニ於テハ例ヘハ會社契約手形行為ノ如キ即チ是ナリ無式ノ法律行為ニ於ケル意思表示ノ方法ハ當事者ノ意思ヲ知ルコトヲ得ルヲ以テ足レリトセルモノナレハ其表示方法ノ如何ハ法律上ノ效力ニ差異ヲ生セサルモノトス之ヲ分チテ明示又ハ默示ト爲スコトヲ得明示トハ書面口頭符號若クハ容態等ヲ以テ直接ニ意思ヲ表示スルヲ謂フ故ニ明示ハ之ニ依リテ直接ニ當事者ノ意思ヲ知ルコトヲ得ヘキモノナラサルヘカラス默示トハ當事者ノ行為又ハ不行爲並ニ事情ニ依リテ或意思表示ヲ認ムルコトヲ得ヘキモノヲ謂フ或ハ之ヲ間接ノ意思表示ト名ク之ヲ細別スレハ論理上當然他ノ意思表示ヲ知リ得ヘキ場合ト事情ニ依リテ他ノ意思表示ヲ推定スルコトヲ得ヘキ場合トアリ前者ハ例ヘハ貸主カ借主ヨリ貸金ノ翌年度分ノ利息ノ前拂ヲ受取リタルトキハ貸主ハ利息ヲ受取リタル行為ニ依リテ論理上翌年ニ於テ貸借ヲ繼續キ

シムルコトヲ承諾シタルモノト謂ハサルヘカラス後者ハ例ヘハ商人カ其營業ノ部類ニ屬スル正札附ノ商品ヲ店頭ニ陳列シタルトキハ其代價ヲ以テ之ヲ賣ラントスル意思表示アリト認ムルコトヲ得ヘキカ如キ即チ是ナリ

沈黙ハ默示ノ意思表示ト認ムヘキ場合アリヤ蓋シ他人ノ申込ニ對シテ沈黙スルトキハ通常默示ノ承諾アリト認ムルコトヲ得ス然レトモ取引上ノ慣例ニ於テ申込ニ對シテ承諾セサルトキハ其旨ヲ表示セサルヘカラスル場合ニ於テ申込ヲ受ケタルニ拘ハラス沈黙セシ場合ノ如キハ承諾ノ意思ヲ默示シタルモノト認メサルヘカラス又例ヘハ會社ノ總會等ノ場合ニ於テ異議ナケレハ原案ニ決スト宣言セルトキニ於テ沈黙セル者ハ原案ニ對シテ贊成シタルモノト認ムルコトヲ得ヘキカ如キ是ナリ又法律ノ規定ニ依リ或特定ノ場合ニ於ケル沈黙ニ對シテ法律上ノ效力ヲ付スルコトアリト雖モ此場合ニ於テハ或意思ヲ表示シタリト看做スヘキモノニ非スシテ特別ノ場合ニ限リ法律ノ力ニ依リテ特種ノ法律關係ヲ定メタルニ外ナラス例ヘハ無能力者カ能力者ト爲リタルトキニ其相手方カ一箇月ノ期間内ニ其取消シ得ヘキ行為ヲ追認スルヤ否カラ確答スヘ

キ旨ヲ催告シタル場合ニ於テ無能力者カ其期間内ニ確答セサルトキハ其行爲ヲ追認シタルモノト看做スカ如キ是ナリ

第二款 意思ト表示トノ不致

意思ト表示ト合致セサル場合ハ之ヲ分テテ(一)表意者カ真意ニ非サルコトヲ知リテ表示シタルトキ(二)表意者カ真意ニ非サルコトヲ知ラスニテ表示シタルトキトノ二ト爲スコトヲ得表意者カ相手方ト通シテ真意ニ非サルコトヲ知リテ爲シタルトキハ之ヲ虛偽ノ意思表示トシ相手方ト通謀セサルトキハ之ヲ意中ノ留保ト謂フ又真意ニ非サルコトヲ知ラス即チ誤リテ真意ニ非サルコトヲ表示シタルトキハ之ヲ錯誤ノ意思表示ト謂フ

第一項 意中ノ留保

意中ノ留保トハ表意者カ真意ニ非サルコトヲ知り相手方ト通謀セシメテ爲シタル意思表示ヲ謂フ例ヘハ或物ヲ賣ラントノ意思ナルニ拘ハラヌ之ヲ贈與セ

シコトヲ表示シタル如シ抑モ意思表示ノ原則トシテ意思ト表示ト符合スルニ依リテ其效力ヲ生スルモノナルコトハ前款ニ於テ述ベタルカ如シ然レドモ心裡ニ留保シテ未タ發表セサル真意ハ他人ノ計リ知ルコトヲ得サルモノナルヲ以テ他人ハ其外部ニ表示セラレタル意思ヲ以テ真意ナリト解シ之ニ對シテ自己ノ行動ヲ定ムルノ外他ニ方法ナキナリ若シ表示シタル意思カ單ニ真意ニ非ナルヲ以テ其意思表示ハ常ニ無効ナリトセハ表意者ハ正當ニ確定セシ法律行爲ニ付テ真意ニ非サルコトヲ立證シテ其行爲ノ無効ヲ主張スルコトヲ得ヘタ爲メニ相手方ハ正當ニ取得シタル權利ヲ喪失スルノ結果ト爲リ隨テ取引ノ安全ヲ阻害スル虞ナシトセズ加之此場合ニ於テハ表意者ハ真意ニ非サルコトヲ知リテ表示シタルモノナルヲ以テ其表意者ニ惡意アリト謂ハサルヘカラス法律ハ取引ノ安全ヲ害スヘキ事項ヲ等閑ニ付シ却テ惡意ノ當事者ヲ保護スヘキ理由ナキヲ以テ真意ニ非サルコトヲ知リテ爲シタル意思表示ト雖モ有效ナリトセリ(第九三條蓋シ意思主體ニ依レバ真意ト符合セサル意思表示ハ其效力ヲ生セサルコト勿論ナリ佛蘭西民法我舊民法ノ如キハ此主義ヲ採用ス然レドモ

此主義ヲ貫徹セントセハ前述ノ如ク善意ノ相手方ヲ善シ取引ノ安全ヲ保ツコトヲ得サルヲ以テ佛蘭西ニ於テモ判決例ヲ以テ漸次此主義ヲ破ルノ傾アリ獨逸民法ニ於テハ表意者ノ真意ヲ抑留シ其意ニ非サルコトヲ表示シタルカ爲メニ意思表示ノ無効ヲ生スルコトナシ但其意ニ非サルコトヲ相手方ニ表示シ又ハ相手方ニ於テ當事者ノ真意ヲ知リタルトキハ其意思表示ハ無効ナリト規定セリ獨逸民法第一一六條我民法第九十三條ト異ナル所ハ相手方カ表意者ノ真意ヲ知リ得ヘカリシ場合ヲ包含セサル點ニ在リ相手方カ表意者ノ真意ニ非サルコトヲ知リタルトキハ其意思表示ヲ有效ナラシメサルモ爲メニ相手方ヲ害テ不測ノ害ヲ被ラシムル虞アラサルカ故ニ意思表示ト表示ト合致スルコトヲ要スヘキ原則ノ例外ヲ認ムルニ必要ナクレハナリ又相手方ニ於テ其事情ニ依リテ表意者ノ真意ヲ知リ得ヘキニ拘ハラズ之ヲ知ラサルハ普通ノ注意ヲ怠リタルモノニシテ自己ニ過失アリト謂ハサルヘカヲモ法律ハ過失アル當事者ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ意思表示ニ關スル原則ノ例外規定ヲ設ケル理由ナキヲ以テ民法第九十三條但書ノ規定ヲ爲シタル所以ナリ

(ハ)家長權、夫權、親權ノ如キ皆之ニ屬スルモノナリ

(四) 智能專用權 此權利ハ一言以テ之ヲ蔽ヘハ智能及ヒ技藝ヲ目的トスル私權ノ謂ナリ智能及ヒ技藝ハ經濟學上所謂内部ノ貨物ニ屬スルモノニシテ吾人ノ共同生活ニ必要ノ要素ナリ此點ニ於テ亦活資ノ一ニ屬スルモノナリ故ニ智能專用權トハ私權ノ中内部ノ貨物ヲ目的トスルモノヲ廣ク稱スルモノニシテ專賣權、版權、意匠權ノ如キハ之ニ屬スルモノナリ

第二 私權ノ效力ヨリ觀察シタル分類

私權ハ其效力ヨリ觀察スレハ對世權ト對人權トニ簡ニ區別スルコトヲ得何ヲ對世權ト謂ヒ何ヲ對人權ト謂フカ私權ノ效力カ何人ニモ對抗スルコトヲ得ルモノハ之ヲ對世權ト謂フ例ヘハ所有權ノ如キ是ナリ所有權ヲ有スル者ハ世間一般ニ對シテ何人ニモ其權利ヲ主張スルコトヲ得對人權トハ其效力カ單ニ特定ノ人ニ對シテノミ效力ヲ及ホスモノヲ謂フ例ヘハ債權ノ如キハ之ニ屬ス債權ハ債權者カ其義務者ニノミ之ヲ主張スルコトヲ得ルモノニシテ義務者以外ノ者ニハ之ヲ對抗スルコトヲ得ス此種類ノ分類ヲ法律上廣ク適用スルハ唯英

國法ノミニシテ歐洲大陸ノ法律ハ此分類ヲ採用セス其主義ハ權利ノ種類ニ依リテ分類スルニ在リ

第三章 物權ノ定義

物權ハ如何ナル權利ナルヤ之ヲ分析スレハ其要件左ノ如シ

(一) 物權ハ私權中ノ財產權ノ一ナリ

私權ヲ分チテ財產權人格權親族權及ヒ智能專用權トシ更ニ財產權ヲ分チテ物權及ヒ債權トスルハ前章ニ述ヘタル如シ故ニ物權ノ種屬ハ私權ニシテ其財產權ノ一種タルハ明白ナリ

(二) 物權ハ物ヲ以テ目的物トス

財產權ノ目的ハ經濟上ノ貨物ニシテ之ヲ分チテ有體物ト作爲不作爲トノ二ト爲シ有體物ヲ目的トスルモノヲ物權トシ作爲不作爲ヲ目的物トスル權利ヲ債權トセルコト是レ亦前章ニ述ヘタル如シ故ニ物權カ物ヲ以テ其目的物トセルハ亦明白ナリ

(三) 物權ハ物ノ直接ノ支配ナリ

物權ハ財產權ノ一ニシテ物ヲ目的物トスル權利ナリ然ラハ物權ハ物ノ上ニ如何ナル權能ヲ有スルヤ是レ物權ノ本體ニ關スル問題ナリ此點ヨリ觀察スルニ物權ハ其目的タル物ノ上ニ直接ノ支配ヲ行フモノナリ所謂支配トハ物ヲ自己ノ需用ニ供スルヲ得ル關係ニシテ其目的トスル物ヲ自己ノ需用ニ供スル關係ヲ謂フ此支配關係ニ直接ト間接トノ二種アリ直接ノ關係トハ直チニ物ニ對シテ支配關係ヲ有スルモノヲ稱ス例ヘハ物ヲ所有スト云フカ如シ物ヲ所有スルトキハ直接ニ其物ヲ自己ノ需用ニ供スルコトヲ得ルモノナリ間接ノ關係トハ直チニ物ニ對シテ支配關係ヲ有スルニ非ス一定ノ人ニ對シ物ヲ自己ノ需用ニ供セシムル義務ヲ負ハシメ之ニ依リ間接ニ物ヲ自己ノ需用ニ供スルコトヲ得ル關係ヲ謂フ例ヘハ物ノ供給ヲ請負ハシムル權利ノ如シ此場合ニハ直チニ其物ヲ自己ノ需用ニ供スルコトヲ得ス之ヲ供給スルノ義務ヲ負フ者カ其物ヲ供給シタルトキ始メテ之ヲ自己ノ需用ニ供スルコトヲ得ルモノナリ此二種ノ關係中物權ト認ムルハ其直接ノ支配ヲ稱スルモノニシテ間接ノ支配ハ債權ニ屬ス故ニ物ノ直接ノ支配トハ物ヲ人トシテ間ニ直接ノ關係ヲ生シ物ヲ人ノ支配ノ

下ニ立ツコトヲ謂フモノナリ而シテ物ノ直接ノ支配ニハ種種ノ範圍アリ或場合ニハ其支配ノ範圍ハ極メテ廣クシテ完全ナルコトアリ例ヘハ所有權ノ如シ或場合ニハ極メテ狭クシテ簡單ナルコトアリ例ヘハ留置權ノ如シ其支配關係ノ範圍ニ種種アルハ即チ物權ノ種類ヲ生スル原因ニシテ物權ハ畢竟此種ノ支配關係ノ範圍ヲ研究スルモノナリ

(四) 物權ハ何人ニモ之ヲ對抗スルコトヲ得

此點ハ物權カ所謂對世權ノ一ト認メラルル所ナリ是レ物權ハ物ト人トノ直接關係ニシテ其關係ハ何人ニ對シテモ之ヲ對抗スルコトヲ得ルヲ謂フモノナリ此性質ハ物權ヲ物ノ直接ノ支配ナリトスルヨリ生スル當然ノ結果ナリ畢竟物權ハ物ト人トノ直接關係ナレハ何人ニ對シテモ之ヲ對抗スルヲ得ルヲ本則トスルモノナリ或學者ハ此性質ヲ以テ物權ノ要素ニ非ス寧ロ前掲ノ第三要件ノ結果ナリト曰ヘリ「マルカデ」ノ如キ是ナリ物權カ對世權ナルコトハ實ニ物權カ物ノ直接ノ支配關係ナルヨリ生スル結果ナリト雖モ法律ハ時トシテ物ノ直接支配關係タルニモ拘ハラズ其對世權ノ效力ヲ認メサルコトナシトモス故

ニ法律カ此效力ヲ認ムル以上ハ此點ヲ以テ物權ノ一要素トスルハ亦當然ノコトナリトス

以上ノ四點ハ物權ノ物權タルノ要件ナリ故ニ物權ノ意義ヲ總括シテ言ヘハ物權ハ財產權ノ一種ニ屬シ物ノ上ニ於ケル直接ノ支配關係ニシテ何人ニ對シテモ之ヲ對抗スルコトヲ得ル權利ナリト謂フヘシ換言スレハ物權ノ本體ハ物ノ直接支配ニシテ物權ノ目的物ハ物ナリ其權利ノ種屬ハ財產權ニシテ又對世權ノ一ナリトス

第四章 物權ノ種類

物權ニ如何ナル種類アリヤ是レ物權ノ範圍ニ關スル問題ナリ物權ノ本體ハ物ノ直接ノ支配ナルカ其支配關係ニハ亦種種ノ範圍アリ是レ物權ノ種類ノ生スル原因ナリ物ノ直接ノ支配關係ニハ如何ナル種類アリヤト云フニ大別シテ二ト爲スコトヲ得

第一 物ノ事實上ノ支配關係

民法物權 緒論 物權ノ種類

第二 物ノ法律上ノ支配關係

是ナリ事實上ノ支配關係トハ物ヲ支配スル事實ヲ謂ヒ其法律上ニ於テ之ヲ認ムルコトヲ得ヘキヤハ之ヲ問ハサルモノトス例ヘハ竊取シタル物品ニハ事實上ノ支配關係成立スルモノナリ法律上ノ支配關係トハ事實物ヲ支配セルヤ否ヤハ別論トシテ法律上ニ於テ物ヲ支配スヘキモノト認メタル關係ヲ謂フ例ヘハ所有權ノ如シ所有權者ハ他人ヨリ其目的物ヲ竊取セラレ事實其物ヲ支配セサル場合モ亦法律上ニ於テハ所有權ノ移轉セサル限ハ其物ノ上ニ支配關係ヲ有スルモノト謂フコトヲ得ヘシ

此二箇ノ分類ハ物ノ直接ノ支配ニ關スル重要ノ區別ナリトス事實上ノ支配關係中法律カ特ニ之ニ保護ヲ與フルモノヲ占有權ト謂ヒ單純ノ支配ノ事實ヲ所持ト謂フ又法律上ノ支配關係ヲ救済ノ物權ト謂フ此二種ノ分類中占有權ニ付テハ學說上大ニ議論アリ或學者ハ此權利ハ一ノ事實ニ過キサルモノニシテ決シテ權利ニ非スト曰ヘリ例ヘハ「デレンブルヒ」ノ如キ是ナリ此等ノ問題ハ法理學上ノ一大問題ナリ其詳細ハ占有權ヲ説明スル際ニ議ルヘシ我民法ハ占

有權ヲ以テ物權ノ一トスルノ主義ヲ採レリ

狹義ノ物權ニハ如何ナル種類アルカ之ヲ大別シテ二箇ニ區分スルコトヲ得

(一) 物ノ總括的ノ支配關係

(二) 物ノ限定的ノ支配關係

總括的ノ支配關係トハ其支配關係ノ完全ナルモノニシテ物ヲ總テノ方面ニ於テ無制限ニ支配スル關係ヲ謂フ即チ物ヲ種種ノ方面ニ於テ自由ニ其需用ニ充ツルコトヲ得ル關係ナリ限定的ノ支配關係トハ其支配關係ノ限定セラルモノニシテ物ヲ支配スルニ當リテ或目的或方面ニ限り之ヲ自己ノ需用ニ供スルコトヲ得ル關係ヲ謂フ前者ニ屬スル支配關係ヲ稱シテ所有權ト謂ヒ後者ニ屬スル支配關係ヲ稱シテ他物上權ト謂フ故ニ所有權ハ物權中支配關係ノ最モ廣汎ニシテ且完全ナルモノニ屬シ他物上權ハ支配關係ノ制限セラレ特ニ限局セラレタルモノニ屬ス狹義ノ物權中所有權ノ存在ニ付テハ學說及ヒ立法例ノ皆認ムル所ナリト雖モ唯他物上權ニ付テハ此權利ノ存在ニハ疑ヲ容レサルモ其範圍ニ付テハ學說亦頗ル多ク立法例種種ニシテ一定セス物權ノ種類中最

モ議論アル點ニシテ最モ注目スベキ部分ナリトス畢竟物權ノ種類ニ關スル議論ハ他物上權ノ範圍ニ關スル議論ナリト云フモ亦不可ナシ今ヤ進ミテ次ニ他物上權ノ種類ヲ説明セシメタル中預備的ニ羅馬法ニ於テハ學說ニ立脚シ他物上權ノ範圍ハ各國ノ立法區區ニシテ之ニ關スル學說モ亦種種アリ先ツ羅馬法ニ就テ研究スレハ羅馬法ハ他物上權トシテ四箇ノ權利ヲ認マリ役權、地上權、永借權、質權是ナリ役權トハ或土地若クハ或人ノ爲メニ他人ノ所有ニ屬スル物ヲ支配スル關係ヲ謂フ役權ニハ二種アリ一ハ地役權ニシテ一ハ人役權ナリ地役權トハ一定ノ土地ノ爲メニ存スル役權ヲ謂ヒ人役權トハ一定ノ人ノ爲メニ存スル役權ヲ謂フ地上權トハ建物其他工作物ヲ他人ノ土地ノ上ニ所有スル權利ヲ稱スルモノニシテ亦他人ノ土地ノ上ニ存スル權利ナリ永借權トハ他人ノ土地ヲ耕作スル權利ニシテ其權利ハ永代ニ存續シ此權利ヲ讓渡ス場合ニハ之ヲ所有者ニ通知スル義務ヲ負フ質權トハ近世ノ法律ニ所謂質權ト抵當權トノ二者ヲ總括スルモノニシテ債權ノ擔保ノ爲メニ他人ノ所有ニ屬スル物ヲ處分スル權利ヲ謂フ以上四箇ノ權利ハ羅馬法ニ於ケル他物上權ナリ換言スレハ

役權地上權永借權ノ三者ハ物ノ性質ヲ利用スルモノニシテ質權ハ物ノ交換價格ヲ利用スルモノト謂スヘシ羅馬法ニ於テハ質權ハ預備的ニ權利ニシテ羅馬法ニ於テハ他物上權ノ範圍ハ概シテ羅馬法ト同一ナリト雖モ亦多少ノ差異ナシトセス即チ獨逸法ニハ羅馬法ニ於ケル他物上權ノ外ニ尙ホ土地債務先買權及ヒ定期負擔等ヲ認メタル佛蘭西法ニ於ケル羅馬法若クハ獨逸法ニ比スレハ稍ヤ異ナレリ即チ他物上權ノ種類トシテハ役權永借權質權ヲ認ムルハ羅馬法又ハ獨逸法ニ於ケルト同一ナルモノニシテ地上權ハ所有權ノ分割セラレタルモノナリトシテ特別ノ權利トシテ認メス(一)留置權先取特權質權ノ三者ヲ亦他物上權ノ一ト認メリ此點ハ佛蘭西法ノ異ナル所ナリ(二)佛蘭西法ニ於テハ我國ニ於テハ舊民法ハ殆ト佛蘭西法ニ倣ヒ他物上權トシテ地役權人役權用益權使用權住居權地上權永借權質權留置權先取特權質權抵當權ノ九種ノ權利ヲ認メタリ是レ實ニ佛蘭西法學說ヲ繼踵スルモノニシテ其中地役權人役權地上權永借權質權抵當權ノ六者ハ羅馬法以來各國法ニ認ムル所ナルモ質權留置權先取特權ノ三者ヲ他物上權ノ種類ト爲セタルハ蓋シ佛蘭西ノ學說ニ依ル

新立法例ニシテ大ニ學者間ニ議論アル所ナリ就中貸借權ノ如キハ羅馬法及ヒ羅馬法系ノ各國ハ皆之ヲ請求權トセリ之ヲ物權トスルハ僅ニ佛蘭西法又ハ一部ノ佛蘭西法ヲ模倣シタル國ニ見ル所ノ例ナルモ貸借權ハ素ト其性質一定ノ人ニ對シテ一定ノ作爲若クハ不作爲ヲ請求スルノ權利ニ過キスシテ所謂物ノ直接ノ支配ヲ有スルモノニ非サレバ其本體上之ヲ債權ト觀ルヲ適當トス之ヲ物權トスルハ僅ニ貸借權ノ效力カ一般ノ人ニ對抗スルコトヲ得ルニ由ルモノニシテ即チ物權ト對世權トヲ混同シタルノ誤解ノミ隨テ舊民法カ貸借權ヲ物權ノ一トセルハ學說トシタルハ全ク誤見ナリト聞ハサルヘカラス又留置權ト先取特權ト二者ニ付テハ貸借權ヲ物權トセルカ如キ大誤謬ニ非ス其立法ノ理由ハ多少ノ根據ヲ有スト雖モ唯權利ノ性質トシテ留置權ト先取特權ト二者カ果シテ物權トスルヲ適當トスルヤ否キハ實ニ一大疑問ナリト信ス此點ニ付テハ後ニ詳論スル所アルヘシ

新民法ハ舊民法中ヨリ最モ批難アル貸借權ヲ削リ又役權中ノ人役權ハ我國ニ其慣習ナキヲ理由トシテ之ヲ削除シ終ニ地土權永小作權地役權留置權先取特

權質權及ヒ抵當權ヲ七種ノ權利ヲ以テ他物上權ト認定セリ故ニ新民法ノ認ムル他物上權ハ其實質ハ別トシテ其形式ニ於テハ大體ハ羅馬法及ヒ獨逸法ニ依リ唯留置權ト先取特權トヲ認メタル點ニ於テ佛蘭西法ニ依リタルモノト謂フヘシ

新民法ノ認ムル他物上權ハ大別セバ之ヲ二ト爲スコトヲ得

第一主タル他物上權

第二從タル他物上權

第一主タル他物上權ハ他物上權ノ種類ニ依リテ之ヲ二ト爲スコトヲ得

第一主タル他物上權ハ他物上權ノ種類ニ依リテ之ヲ二ト爲スコトヲ得

第二從タル他物上權ハ他物上權ノ種類ニ依リテ之ヲ二ト爲スコトヲ得

是ナリ主タル他物上權ハ獨立シテ其效力ヲ有スル他物上權ヲ謂フ從タル他物上權トハ他ノ權利ト相待テ始メテ效力ヲ有スル他物上權ヲ謂フ主タル他物上權ニ屬スルモノハ(一)地上權(二)永小作權(三)地役權(四)三種ニシテ從タル他物上權ニ屬スルモノハ(一)留置權(二)先取特權(三)質權(四)抵當權ノ四種ナリ

右二種ノ他物上權中主タル他物上權ハ皆土地ヲ目的トシ土地以外ノ不動產又ハ動產ノ上ニハ存在セス即チ地上權永小作權及ヒ地役權ノ三者ハ皆他人ノ所有ニ屬スル土地ヲ或範圍内ニ於テ使用スル權利ナリ就中地役權ハ一定ノ土地

ノ便益ノ爲メ他ノ土地ヲ使用スル權利ニシテ地上權及ホ永小作權ノ二者ハ一定ノ人ノ爲メニ一定ノ目的ニ於テ他人ノ土地ヲ使用スル權利ナリ又地上權ハ永小作權トノ差異ヲ舉クレハ地上權トハ工作物又ハ竹木ヲ所有スルカ爲メ他人ノ土地ヲ使用スル權利ニシテ其權利ノ範圍ハ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メニスルノ使用ニ過キス獨逸ニ於テハ此權利ヲ廣ク不動產ノ上ニ認メ建物ノ上ニモ之ヲ存立セシムルコトアリ例ヘハ煉瓦造家屋ノ二階ヲ所有スル者カ一階ノ屋根ヲ使用スル如シト雖モ我國ハ未タ之ヲ認ムルノ必要ナキカ爲メ土地ノ上ニ之ヲ限リタリ永小作權トハ耕作又ハ牧畜ノ爲メニ他人ノ土地ヲ使用スル權利ニシテ其權利ノ範圍ハ耕作又ハ牧畜ノ爲メ必要トスルノ範圍内ニ限ラル外國法ニ於テハ之ヲ付テハ永代無期ノモノヲ認メタリトモ我民法ニハ之ニ期限ヲ附シ必ス五十年ヲ下ルコトヲ得タルモノトセリ

從タル他物上權ハ主タル他物上權ト異ナリ土地ノ上ニテ目的トセズ廣ク動產又ハ不動產ノ上ニ存在ス即チ留置權先取特權質權ノ三者ハ動產又ハ不動產ノ上ニ存シ抵當權ハ雖不動產ノ上ニ存スル地權トシテ而シテ從タル他物上權ハ必ス

刑法總論

第一章 緒論

第一章 緒論

第一章 緒論

第一章 刑法ノ沿革

刑法ハ國家社會ニ直接且必要ノ法律ナルヲ以テ苟モ人衆集團シテ國家社會ヲ形成スルニ至レハ必ス刑法、少クモ刑法ノ萌芽ト看ルヘキモノ存スルナリ我國ノ太古ニ於テハ書類ノ傳ハレルモノナキヲ以テ其詳細ヲ知り難シト雖モ其傳ハレル書類モ就テ見ルモ刑法ノ存在ヲ知ルコトヲ得其後ニ至リテ專ラ支那法律ノ法制ヲ繼受シテ大憲律令養老律令或ハ貞永式目ト爲リ德川御定書百箇條ト爲リ明治年間ニ於テハ假律ト爲リ次ニ新律綱領ト爲リタルナリ然レトモ

我國固有ノ刑法及ヒ交那刑法其ニ幼稚ニシテ現時ノ發達シタル國家社會ノ
 刑法ト爲スニ足ラサルナリ日本法制史ノ所謂第四期ニ至リテ漸ク歐羅巴ノ刑
 法ヲ繼受スルノ必要ヲ悟リ明治六年五月ニ改定律令ヲ頒布セルモ其律令ハ僅
 ニ歐羅巴ノ法理ヲ模倣シタルノミニシテ猶ホ明律清律大實律ヲ骨髓ト爲セル
 ヲ以テ更ニ之ヲ改正スルヲ要ラ見重ニ佛蘭西ノ刑法ニ依リテボアソナード氏
 カ佛文ヲ以テ原案ヲ作リ審査委員之ヲ計議シテ修正ヲ加ヘ更ニ元老院ノ決議
 ヲ經テ明治十三年七月十四日ニ刑法ヲ布告シ明治十五年一月十五日ヨリ之ヲ
 施行シタリ之ヲ現行刑法トス

時勢ノ潮流ハ一日モ靜止セス刑法モ近時ノ學理ト一致セサルニ至リ早ク既ニ
 刑法全部改正ノ議アリ刑法ノ實施以後大凡十年司法省ニ於テハ明治二十五年
 一月ヲ以テ刑法審査ニ從事シ四年ヲ經テ明治二十八年十二月ニ至リ概テ其修
 正ヲ了リ其草案ヲ公ニセリ學者ノ所謂司法省案ト稱スルモノ是ナリ其案ノ出
 ツル頃政府ハ法典調查會ヲ設ケテ同會ノ第三部ニ刑法刑事訴訟法ノ修正ヲ命
 シタリ而シテ調査會第三部ニ於テハ所謂司法省案ヲ根據トシテ討議ヲ爲シ漸

ク昨年ニ至リ刑法改正案ヲ公ニシテ廣ク一般ノ法律家ニ對シテ其意見ヲ求
 ルコトハ既ニ諸子ノ知ラル所ナリ然レテ亦其案ノ所ナリ故ニ何人モ絕對ニ刑法ノ改正ヲ否認スル
 者ナシ刑法ノ改正ハ事ト時ノ問題ニ屬スルモノニシテ予輩カ早晚改正刑法ニ
 接センコト疑ナシ即チ茲ニ刑法ノ修正ヲ必要トスル理由ヲ略述シ以テ刑法ノ
 將來ヲ論セントス

刑法ノ改正ヲ必要トスル理由ハ唯一言ヲ以テ之ヲ掩フコトヲ得即チ頒布後略
 ホ二十年ノ日時ヲ經タル事ニ原因ス二十年ノ時日ハ必スシモ長キモ非サルモ
 我國ノ如ク急速ニ歐洲ノ文明ヲ輸入セシ國家ニ於テハ二十年ノ日時ハ之ヲ他
 ノ國家ノ數世紀ニモ比スルコトヲ得

然レトモ此ノ如ク刑法ノ公布アリタル後ニ長時日ヲ經タル刑法ハ何故ニ其全
 部又ハ一部ヲ修正セサルヘカラサルカ

第一 社會ノ推移

法規ハ國家社會ノ現在ノ狀況ニ應セサルヘカラス社會力變遷スルトキハ其狀

況ヲ變シテ或ハ立法ノ當時ニ豫想セザリシ事物カ發生スルコトアルヘク或ハ豫想シタル事物カ廢滅ニ歸スルコトアルヘシ社會ノ變遷シタル事ハ法規ヲ改廢スル有力ノ根據ト爲ル而シテ刑法ヲ改正セサルヘカラサル第一ノ理由ハ即チ社會ノ變遷シタル事ニ外ナラサルナリ

(一) 新事物ノ發生 立法者モ亦人ナルカ故ニ博識且精密ナル頭腦ヲ以テ立法スルモ將來ニ於ケル事實ノ發生ハ豫想スルコト能ハス故ニ立法ノ後長日月ヲ閱スルトキハ立法ノ當時ニハ善美ヲ極メタル刑法ニテモ尙ホ不善美ヲモノト爲ルコトヲ免レス況ヤ現行刑法ノ如ク善美ナラサル法律ニ於テヤ

(イ) 國際關係カ密接シタリ 現行刑法ノ立法ノ當時ニ於テハ國權未タ伸ヒザリシカ故ニ隨テ外國ニ對スル關係モ亦密接ナラス内外國ノ交涉事件ノ如キハ殆ト其發生スルコトヲ豫想スル必要ナカリキ是レ刑法中ニ國際刑法ニ關スル規定國交ニ關スル罪ニ付テノ規定其他ヲ缺如シタル所以ニシテ亦缺如スルモ何等ノ不便ヲモ感セザリシ所以ナリ刑法頒布以後爾來殆ト二十年ヲ經過シテ外國トノ交通モ日ニ月ニ密接ヲ加フルニ至リタル際ニ於テ強ヒテ刑法ノ舊態ヲ維持スルノ必要ナシ要スルニ國際刑法規及ヒ國交ニ關スル罪ニ付テノ法規ヲ缺如セル刑法ハ我國ノ現時ノ刑法ト爲スニ足ラズシテ少クトモ刑法ノ一部ヲ修正シテ補ハサルヘカラサル必要ヲ感ス國際刑法規トハ例ヘハ外國人カ帝國ニ於テ又ハ帝國臣民カ外國ニ於テ犯罪ノ主體ト爲リシ場合及ヒ外國人カ帝國ニ於テ又ハ帝國臣民カ外國ニ於テ犯罪ノ客體ト爲リシ場合ニ關スル規定及ヒ外國ニ於ケル確定裁判ノ內國ニ於ケル效力及ヒ外國ニ於ケル確定裁判ニ原因スル刑ノ全部又ハ一部ノ執行ノ內國ニ於ケル效力ニ關スル規定等ヲ謂フ國交ニ關スル罪ニ付テノ刑法規トハ例ヘハ帝國ニ滯在セル外國ノ君主又ハ大統領及ヒ帝國ニ派遣セラレタル外國ノ使節ニ對スル暴行罪又ハ侮辱罪外國ノ國章ヲ破壞汚損又ハ除去スル罪及ヒ外國交戰ノ際ニ局外中立ニ關スル命令ニ違背スル罪其他ニ關スル規定ヲ謂フ

(ロ) 多種ノ公務員ヲ生ジタリ 刑法ノ立法當時ニ於テハ國家ノ行政組織ハ主トシテ官府組織ナリキ即チ法律ノ豫想セルモノハ單ニ官廳ト官吏トノミ故ニ官吏ノ職務ヲ行フヲ妨害スル罪官印ヲ偽造スル罪官ノ文書ヲ偽造スル罪官吏

瀆職ノ罪及ヒ官ノ封印ヲ破毀スル罪ヲ規定シ單ニ官吏ノ行為又ハ官吏ニ對スル行為ヲ豫想スルニ過キス然ルニ近來我國ニ於テハ盛ニ獨逸流ノ自治組織ヲ模倣シタルノ結果トシテ官吏以外ニ多クノ公務員ヲ見ルニ至レリ明治二十二年十一月法律第二十八號ヲ以テ議院及ヒ議員保護法ヲ發布シ明治二十三年十月法律第百號ヲ以テ公署公吏及ヒ公署ノ印文書及ヒ免狀鑑札ニ關スル件ヲ公布シタルトモ尙ホ公吏以外ノ多様ノ公務員ヲ客體トスル場合ヲ豫想セス又公務員ハ犯罪ノ主體タル場合ヲ豫想セス帝國議會道廳府縣議會及ヒ市町村議會ノ議員ノ收賄行為ハ之ヲ官吏ノ收賄罪ニ比較シテ何等ノ異ナル所カアル帝國議會道廳府縣議會及ヒ市町村議會ノ印章又ハ其捺印署名シタル文書ヲ偽造スル行為若クハ此等ノ議會ノ議員ノ印章又ハ捺印署名セル文書ヲ偽造スル行為ハ官署公署又ハ官吏公吏ノ印章若クハ其捺印署名セル文書ヲ偽造セル行為ニ比較シ何等ノ區別ナキナリ刑法カ廣ク公務員ノ行為又ハ公務員ニ對スル行為ヲ豫想セザリシハ官吏公吏以外ノ公務員ノ新ニ發生シタル當然ノ結果ナレトモ亦一ノ缺點ナリト謂ハサルヘカラス而シテ政府ハ此點ニ付テハ刑法ノ改正

ノ時ヲ待テ能ハス此頃單行法トシテ議員瀆職法ヲ發布シタルゴトハ既ニ諸子ノ知ル所ナリ

(ハ) 電話電車等ノ交通機關ヲ生シタリ刑法ハ第二編第三章第六節往來通信ヲ妨害スル罪ノ中ニ單ニ往來ヲ妨害スル罪郵便ヲ妨害シ又ハ阻止スル罪電信ヲ損壞シ電線ヲ切斷シテ電信ヲ妨害スル罪汽車又ハ船舶ノ往來ヲ妨害スル罪ヲ規定セルモ電車ノ往來ノ危險ヲ生セシムル行為電車ヲ顛覆又ハ破壞スル行為及ヒ電話ノ用ニ供スル物件ヲ毀損シ又ハ電話ノ交通ヲ妨害シタル行為ヲ罪スルニ至ラス是レ立法ノ當時ニ於テハ電車又ハ電話ナルモノノ存在セザリシ結果ニ過キサレトモ近來電車電話等其動力ヲ電氣力ニ取ル交通機關多キニ至リシカ故ニ亦此等ヲ豫想スルノ必要アリ

新事物ノ發生ハ單ニ上述三者ニ止マラス試ニ現行刑法ヲ細キテ之ヲ刑法改正案ト比較セシ或ハ水道ノ設備ト曰ヒ又ハ外國ニ於ケル帝國通貨ノ偽造ト曰ヒ又ハ外國ニ於ケル帝國ノ公債證書會社ヲ株券其他有價證券ノ偽造ト曰ヒ殆ト枚舉ニ遑アラズ

(二) 舊事物ノ廢滅 舊事物ノ廢滅シタルコトハ比較的ニ少數ナルモ例ヘハ刑法中ニ親族關係ヲ規定スル必要ヲ減シタル等ハ其一例ナリ刑法立法ノ當時ニ於テハ親族ノ何タルヤヲ定ムル法規アラザリシカ故ニ刑法ニ於テモ特ニ親族關係ヲ規定スル必要アリシモ民法ノ親族編ノ制定アリタル今日故ラニ刑法ニ於テ特別ノ親族關係ヲ規定スル必要ナシ刑法ノ中ニ親族關係ヲ規定スルハ必スシモ不當ナリト謂フヲ得サルモ少クトモ必要ナリト謂ハサルヘカラス

第二 法理ノ進歩 近來一般ノ法理ハ長足ノ進歩ヲ爲シ或ハ從來學者ノ可ナリトセシ所ノ法制ヲ非認シ或ハ從來學者ノ非認セシ法制ヲ是認シ或ハ新ニ良好ナル新法制ヲ立案スルニ至レリ學者ノ新ニ立案セル新法制ニシテ既ニ學說ノ可ナリト認メタルモノハ之ヲ刑法典ニ輸入スル必要アリ刑法立法者ノ可ナリトセシ法制ト雖モ若シ惡シキモノアルトキハ之ヲ除カサルヘカラス其惡シトセシ法制モ若シ善キモノナラハ之ヲ採用セサルヘカラス

(一) 刑ノ執行猶豫ノ法制 犯罪必罰ハ報復主義ヲ採用スル刑法ノ大眼目ニシ

者ハタリズチンウォルフ「エメール、フオン、ヴァッテル」ノ如シ「ウォルフ」ハ國際法ニ自然國際法及ヒ人定國際法ノ二種アリトシ尙ホ細分シテ曰ク第一「自然的國際法」第二「任意的國際法」第三「慣習國際法」第四條約的國際法ノ四種ニ分類シ而シテ其自然的及ヒ任意的國際法ハ一般ニ各國ヲ拘束スルモノニシテ慣習國際法及ヒ條約的國際法ハ或種ノ國家ノミヲ拘束スルモノナリト曰ベリ尙ホ氏ハ世界ハ各國ノ意思ニ依リ統一シテ「簡」世界國ヲ爲スモ「ナリ」理想ヲ有シタル「ヴァッテル」ノ新學上ノ功績ハ二アリ即チ其一「ハッセルフ」ノ說ニ反對ヲ爲シ世界ハ統一セラレルモノニ非ストノ思想ヲ懷キ世界ハ唯「フン」モ「チ」デ「ナシヨ」ヲ作ルモノナリ即チ世界中ノ各國カ一ノ團體ヲ組成シ其間ニ行ハルル所ノ法律ハ國際法ト云フモノナリト主張シタリ

第十八世紀ニ於テ獨逸ノライプツ「カ」國際法ニ與ヘタル功績ハ從來國際法ハ慣習條約ニ依リ成立スルモノナリトノ空論ニ對シ幾多ノ條約慣習ヲ蒐集シ以テ之ヲ實行ヲ試ミタルニ在リ又「マルチンス」ハ其蒐集サレタル條約慣習ヲ學理的ニ論述シ斯學界ニ一般ニ研究スルコトヲ得ル便益ヲ興ヘタリ尙ホ氏ハ國際

法ハ歐羅巴ノ基督教國ノミヲ適用セラルモノナリト論シタリ其後ニ至リズルンチュリ一ハ國際法ハ文明國ノミニ適用サルベキモノニシテ野蠻國ニハ之ヲ適用スルモノニ非スト論シタリ是レ斯法ノ範圍ヲ狹隘ナラシムルモノナリト批難スル者ナキニ非スト雖モ當時ニ於テハ必スシモ然ラサルノミナラス却テ著大ノ功績アリタルモノナリト述ベタル者多シ

第十九世紀以後ニ於ケル歐米諸國ノ斯法上ノ學說ハ枚舉ニ追ナキヲ以テ之ヲ省略シ唯左ニ各國學者ノ其著名ナル者ヲ列舉スルニ止ムヘシ

(一) 英吉利

英吉利ニ於テハ「ウィリヤム、オークマンニング」「サー、ロバート、フヒリモア」「サー、トマス、バスター」「ウィリヤム、エドワード、ホール」「ウエストレーキ」「ウラベルカー」「ローレンス」「ホランド」等

(二) 亞米利加

亞米利加ニ於テハ「フランシス、ホワートン」「ケント」「フビールド」「ハレック」等

(三) 佛蘭西

佛蘭西ニ於テハ「ラザエ、ブオデレー」「ルイ、ルノール」「オルトラン」「フエロー、ジョー」「リヨンカン」等

(四) 伊太利

伊太利ニ於テハ「マンチニ」「マミヤニ」「カサノバー」「カルナザ」「アマリー」「フロレー」「ビエーラ」「シトニー」等

(五) 獨逸

獨逸ニ於テハ「クリウペル」「フター」「オッペンハイム」「ノイマン」「ホルツェンドルフ」「ブルメリシグ」「リスト」「ハイルホルン」「ヒンダラー」「エリチック」等

(六) 奧太利

奧太利ニ於テハ「スタイン」「ランマンシユ」「ドミンペトルス、ヘグエツ」等

(七) 露西亞

露西亞ニ於テハ「マルテンス」「カチエノブスキ」等

(八) 瑞西

瑞西ニ於テハ「アルンチュリー」「リビエー」「マイイリー」等

(九) 白耳義

白耳義ニ於テハ、ローラン、ジャクマン、ナイス等

(十) 日本

日本ニ於テハ、秋山雅之介、安達峰一郎、三崎龜之助、寺尾亨、倉知鐵吉、吉川重吉、鳩山和夫、藤田隆三郎、高橋作衛、有賀長雄等

(以下譯書立作太郎、ホール、陸奥廣吉、ローレンス、蜷川新、ルノール) 深井英五、ツエストレーキ等ナリ

以上ノ外雜誌及ヒ條約ヲ蒐集シタルモノヲ舉クレハ、(一)國際法協會年表、(二)國際私法及ヒ國際刑法雜誌、(三)公法記錄、(四)媾和條約等重ナルモノニシテ日本ニ於テハ專門雜誌トシテハ單ニ國際法雜誌アルノミ然レトモ之カ發刊前ニ於ケル國際法問題ハ國家學會雜誌ヲ參照スヘシ尙ホ條約ニ在リテハ、(一)條約彙纂、(二)明治六年外務省出版ノ條約類纂等ニシテ未タ世界萬國ノ條約ヲ蒐集シタルモノナキハ、斯學界ノ爲メ遺憾ナキヲ得ス

本論

第一章 國際法ノ主體

國際法ノ主體トハ國際法上ノ權利ヲ享有シ義務ヲ負擔スルモノヲ謂フ國際法ノ主體ニ關シ英吉利ノ學者ノ多數ハ單ニ國家ノミナラス外交官、人民、會社ノ如キモ亦國際法ノ主體タリト主張セリ然レトモ此說ハ國際法上ノ保護ヲ受クルモノト國際法ノ主體トヲ區別セサルノ謬說ナリ何トナレハ外交官ト雖モ國家ヲ離レテ外國ト談判ヲ爲スコトヲ得ス又人民モ國際法上間接ニ國家ノ手ヲ經テ保護ヲ受クルコトアレトモ國家ヲ離レテ人民ナシ故ニ人民其レ自體カ國際法ノ主體ト爲ルモノニ非サルコト一點ノ疑ヲ容レズ次ニ一般學說トシテ羅馬法王モ亦國際法ノ主體ナリト然レトモ予ノ見ル所ヲ以テスレハ羅馬法王ハ單ニ伊太利ノ保障ニ依リ恰モ國家タルカ如キ權利ヲ行フコトヲ得ルニ過キスシテ決シテ所謂國家ヲ成シタルモノニ非ス隨テ國際法ノ主體ニ非サルコト明カナリ彼ノ羅馬法王ハ外國ニ公使ヲ派遣シ又外國ヨリ公使ヲ受取リ外國ト約束

ヲ締結シ或ハ又治外法權ヲ有スル等種種ノ特權ヲ有スレトモ此等ノ特權アレハトテ國家タルノ要素ヲ具備セサルモノヲ國際法ノ主體ナリト云フハ誤謬ノ甚シキモノナリ然ラハ國家トハ何ソヤ曰ク國家トハ一定ノ土地ノ上ニ一定ノ人民ニ對シテ主權ノ享有行使セラルルモノヲ謂フ要スルニ國家ノ要素ハ(一)一定ノ土地(二)其國ノ人民ト定マリタル人民(三)主權即チ是ナリ向ホ之ニ附帶シテ政治上ノ機關ヲ國家ノ要素ニ數フル者アリ然レトモ予ハ機關ナキ國家ナシト信スルヲ以テ隨テ主權カ人民及ヒ土地ノ上ニ行ハルル以上ハ別ニ機關ヲ要素中ニ加フルコトヲ要セス或ハ單ニ主權トハ國內ニ對スル主權ノミヲ謂フモノニシテ外國ニ對スル主權ヲ包含セス故ニ國際法ノ主體タル國家ノ要素トシテハ特ニ對外主權ヲ加ヘサルヘカラスト主張スル者アリ然レトモ予ハ之ニ左祖スルヲ得ス蓋シ主權ト云ヘハ内部ニ對スル主權モ外部ニ對スル主權モ當然包含スルモノナレハナリ

國家主權ノ土地ニ對スル作用ヲ領地主權ト謂ヒ人民ニ對スル主權ノ作用ヲ人民主權ト謂フ此領地主權ト曰ヒ人民主權ト曰フモ亦主權ノ本質上ノ區別ニ非

シテ主權ノ作用ヨリ觀察シタル區別ニ過キササルナリ其區別ハ國內ハ人民ニ對シテ主權ノ作用ヨリ觀察シタル區別ニ過キササルナリ其區別ハ國內ハ人民ニ對シテ主權ノ作用ヨリ觀察シタル區別ニ過キササルナリ

第一節 領地主權

第一項 領地主權ノ觀念

領地主權ノ觀念ハ中古ニ於テハ今日ノ主權ノ觀念ト相容レサルモノナリキ中古ニ在リテハ主權ヲ以テ私法上ノ權利トセリ即チ國家ノ土地ニ對スル權利ハ公權ニ非スシテ所有權ナリト思惟セリ是レ「ホーブル」言ヘル如ク昔時ハ防禦シ得ヘキモノハ所有シ得ヘキモノナリト思惟シタルニ基因シタル觀念ナリ國家ハ自己ノ土地ヲ防禦シ得ルカ故ニ其土地ヲ所有シ得ルモノナリト考ヘタルナリ此時代ニ於テハ君主カ土地ノ所有者ニシテ人民ハ單ニ其土地ノ借主タリ是レ恰モ今日ノ地主ト小作人トノ關係ノ如シ加之人民ヲ以テ土地ノ附屬物ノ如キ觀念ヲ有シタルコトナキニ非ス英國ノ法律哲學者ホブズ「如キモ人民ハ土地ニ關シテハ君主ニ對シ何等ノ權利ヲモ有セサルモノナリト曰ヘリ然ルニ今

日ニ於テハ國家ト土地トノ關係ハ公法上ノ關係ニシテ私法上ノ關係ニ非ス故
ニ主權ハ所有權ニ非スシテ統治權ナリ然ラハ土地ハ何シヤ曰ク土地ハ人民ト
共ニ國家ヲ組成スル要素ニシテ同時ニ主權ヨリ觀察スルトキハ統治セラルル
客體ナリト謂フコトヲ得ヘシハ預言客ニモ人ニ對シテ主權ハ土地ハ人民ト共ニ

第二項 領地主權取得ノ主體

第二項 領地主權取得ノ主體

領地主權ハ國家獨リ之ヲ有スルモノニシテ國家以外ノモノ領地主權ヲ有スルコトヲ得ス何トナレハ國際法ノ主體ハ國家ノミナレハナリ隨テ領地主權取得ノ主體モ亦國家ノミナリトス固ヨリ國家ハ自然ニ活動スルモノニ非サルカ故ニ其之カ領地主權ヲ取得セントスルニ當リ必スヤ機關ノ力ニ依ラサルヘカラス機關トハ國家ノ命令委任又ハ追認ヲ受ケタルモノヲ謂フ其如何ナルモノニ命令委任又ハ追認ヲ與ヘテ領地主權ヲ取得スルコトヲ得ルヤハ是レ皆國內法律ノ規定スル所ナリ苟モ其取得ニシテ適法ナル以上ハ其機關ノ内國人タルト外國人タルトヲ問フコトナシ此ノ如ク箇人ハ國家ノ機關トシテ活動スルコト

得ルモノナルモ、箇人自體ハ其性格ニ於テ領地主權取得ノ主體ト爲ルモノヲ得ス例ヘハ、或日本人カ國家ノ命令ヲク又ハ委任ヲ受ケス、南洋ニ於テ一島ヲ發見シ其島ノ何レノ國ニモ屬セサルニ乘シテ土人ヲ征服シ以テ自己ノ勢力ヲ擴張シタルトキハ決シテ日本ノ領地ト爲ルモノニ非サルヤ勿論又其日本人自身カ領地主權ヲ得タルモノニモ非サルナリ何トナレハ此日本人一方ニ於テハ日本ノ國家ニ服従スルモノナルカ故ニ到底他方ニ於テ日本ノ國家ト對等ナル或國家ヲ作ルコト能ハサレハナリ然レトモ唯リ英國ニ於テハ自國人民カ發見シタル土地ニ付テハ當然自國ノ領地ト爲シ此場合ニ於テハ常ニ本國ヲ代表シタルモノナリトノ主義ヲ採用シ居レリ

領地主權取得ノ主體ハ獨リ國家ニミナリトノ論ニハ反對說アリテ國家以外ノ者即チ私人ト雖モ其ノ力主體ト爲ルコトヲ得ルモノナリト論シ其根據ヲ鞏固ナラシメンカ爲メ數多ノ實例ヲ引證シタリ今左ニ其著名ナルモノヲ舉グベシ

第一「ボルネオ」ニ於ケルサラワーク「ハ千八百四十一年ニサリヂエムス、ブローチカ主權者ト爲リ其後千八百六十六年ニ至リブルエック逝去シタルヲ以テ其孫

國際公法(平時) 本論 國際法ノ主體 領地主權

「チャールズ」及び「ウィリアム」タルトタル者其土地ニ對シテ主權ヲ行使シタルト其社
 第二 千六百年英國東印度會社起リ千六百三年和蘭東印度會社起リタル而シ
 テ此等會社ハ其地方ニ於テ主權ヲ有シ且行使シタルモノナリト然レトモ是レ
 誤謬ノ見解ナリ何トナレハ其各會社ハ皆本國法ニ依リ設立シタルモノナルヲ
 以テ二者何レモ其本國ノ法人タルニ過キス所謂其國ノ法人ナリトハ其國主權
 ノ下ニ服從スルモノナルコトヲ言明セリ故ニ會社カ主權ヲ取得シタルニ非ス
 シテ此場合ハ領地主權取得ノ主體ハ英國又ハ和蘭ナルコト一點ノ疑ヲ容レズ
 第三 其最モ有力ニシテ且適例トモ看ルヘキハ千八百七十六年白耳義王「レオ
 ボルド」第二世カ中央亞弗利加地方ニ於テ亞弗利加國際協會ヲ創設シタルヨリ
 出タルモノナリ而シテ其會社ハ城ナルニ乘シ其土地ノ酋長ト土地割讓ノ條約
 ヲ締結シ其協會ノ有ト爲シタル土地ニ主權ヲ享有行使シタル他方ニ在リテ
 ハ佛國ヲ始メ其他ノ諸外國悉ク之ヲ承認シ千八百八十五年白耳義ヨリモ專制
 君主國タル承認ヲ受ケ「レオボルド」第二世ハ白耳義王タルト同時ニ「ゴンゴ」專
 制君主國タ尤首ト爲リタルト然レトモ是レ主權ヲ取得シタルニ非スシテ此場

合ニ於テハ新ナル國家ノ成立ヲ見タルモノナリ其他數多ノ例アリト雖モ茲ニ
 之ヲ省略ス

第三項 領地主權取得ノ客體

國家カ領地主權ヲ取得スルトハ會テ統治セザリシ土地ノ上ニ統治權ヲ及ホス
 ヲ謂フ約言スレハ領地取得ハ或土地ヲ取得國ノ主權ノ下ニ服從セシムルノ謂
 ニ外ナラス故ニ領地主權取得ノ目的物即チ客體ハ土地ナリ領地トハ地球ノ表
 面上ニ或一定ノ區畫ナレタル部分ナリ故ニ土地ハ一方ヨリ觀察セハ國家ノ要
 素ニシテ他方ヨリ觀察セハ土地ハ統治ノ客體ナリ又更ニ他方面ヨリ觀察スレ
 ハ領地主權取得ノ客體ナリト謂フコトヲ得ヘシ地球表面ノ一定ノ限ラレタル
 部分トハ國家ノ境界ヲ意味スルモノニシテ國境ハ主權ノ及フ範圍ヲ定メタル
 モノナリ換言セハ主權ハ國境內ニ限り行ハルルモノナリ

(甲) 國境

國ノ境界ハ尙ホ之ヲ三方面ヨリ論スルコトヲ得即チ第一空中ノ境界第二地下

ノ境界第三、地球表面上ノ境界はサリヤセテ、
第一、空中ノ境界

空中ハ如何ナル點ヲ主權ヲ及ホスヘキモノナリヤニ付テハ未タ國際法上一
定ノ原則ナシ此問題ニ關シ實益ヲ存スルハ空中ヲ飛翔スル輕氣球ナリ例ハ
日本ノ空中百間ノ處ニ支那ヨリ來レル風船アリトセンカ而シテ其風船中ニ犯
罪アリタル場合ハ之ヲ日本領土内ニ在ルモノナリトセハ日本内ノ犯罪ニシテ
之ニ反シテ空中百間ノ處ニ主權及ハサルモノトセハ日本内ノ犯罪ニ非アルナ
リ
第二、地下ノ境界
地下ノ境界ニ付テハ礦物探掘ニ付テ實用ヲ見ルヘシ一般ノ學者ハ說ヲ爲シテ
曰ク國家ノ主權ハ地下ニ及フモノナリト然レトモ地下果シテ何レノ邊ニマテ
及フヘキモノナリヤヲ斷言セス予ハ地球ノ中心マテト云フヲ妥當ト信ス
第三、地球表面上ノ境界

陸地ヲ以テ隣接スル場合ニ於テハ兩國ノ合意ヲ以テ決定シ海ヲ以テ境界ス

ル場合ニ在リテハ後ニ詳述スル如ク防禦力ノ及フ限度ヲ以テ境界線トシ河川
ヲ以テ境界トスル場合ハ其航行シ得ヘキ河川タルト然ラサルトニ依リ一様ナ
ラス即チ前者ニ在リテハ中央ヲ以テシ後者ニ在リテハ其河底ノ最深淵ナル
所ヲ以テ境界トス又山ヲ以テ境界トスル場合ハ其分水線ヲ以テスヘキモノト
ス
(乙) 國境ヲ決定スル方法
境界ハ如何ニシテ決スヘキヤニ付キ種種ニ其分類ヲ爲ス者アリト雖モ予ハ左
ニ之ヲ二種ニ類別シテ説明スヘシ

(一) 自然的境界及ヒ人工の境界
人工の境界トハ人力ヲ加ヘタル境界ニシテ例ハ溝ヲ穿チ又ハ石木標ヲ設
タルカ如シ之ニ反シテ自然的境界トハ人力ヲ加ヘサル境界ヲ謂フ例ハ山河
ヲ以テ境界ト爲スカ如シ
(二) 精神的境界及ヒ物質的の境界
精神的の境界トハ人類ノ五官ヲ以テ識別スルコトヲ得サル境界ヲ謂ヒ物質的の境

界トハ人類ノ五官ヲ以テ識別シ得ル境界ヲ謂フ例ハ赤道又ハ緯度ヲ以テスル境界ハ前者ニ屬シ其然ラサルモノハ後者ニ屬ス日本ノ緯度ヲ以テ國境ヲ決セントシタルハ樺太ノ國境ナリ實際緯度ヲ以テ決シタル例ハ明治二十八年日本ト西班牙トノ間ニ定メタル宣言ノ如キ即チ是ナリ其宣言ニ曰ク此宣言ニ於テハ「バシ」海峽ノ航行シ得ヘキ海面ノ中央ヲ通過スル緯度平行線ヲ以テ太平洋ノ西部ニ於ケル日本及ヒ西班牙版圖ノ境界線トスヘシト

(丙) 國境ノ消滅

境界消滅ノ原因ヲ大別シテ二ト爲スコトヲ得即チ一ハ國家ノ意思ニ因ル消滅他ハ國家ノ意思ナキ場合ノ消滅是ナリ

國家ノ意思ナキ場合ノ消滅トハ例ヘハ地震ニ因リテ土地ノ陷落シタル場合或ハ海嘯ニ因リテ土地ノ化シテ海ト爲リタル場合或ハ洪水ニ因リテ河底ノ變シタル場合ノ如シ也又ハ中央ノ以テ對峙ニシテハ其河川ノ數ハ漸次減少シ國家ノ意思ニ依ル消滅ハ境界條約ニ依リ變更シタル場合又ハ戰爭ノ後他國ノ土地ヲ讓受ケタル場合ノ如キ即チ是ナリ例ヘハ明治八年以前ニ於ケル樺太ノ如キ是ナリ

境界ハ前述シタル如ク重大ナルモノナルカ故ニ多クノ國ニ於テ國法ヲ以テ境界ノ毀損ヲ罰ス或ハ條約ヲ以テ境界ノ毀損シタル場合ニハ之ヲ罰スヘシト定メタルアリ六十一年ニ於テ日本及ヒ韓國ノ間ニ於テ此ノ點ニ關ヘハハ境界ノ爭ヲ調和スル方法ハ從來行ハレタル種類ヲ舉ケレハ四アリ一ハ境界ノ定メラサル部分ヲ共有地ト爲スコト例ヘハ明治八年以前ニ於ケル樺太ノ如キ是ナリ

(二) 係爭地ヲ局外中立國ト爲スコト例ヘハ普魯西ト和蘭トノ間ニ存シタルモ

レスネートノ如キ是ナリ

(三) 係爭國雙方ヨリ委員ヲ派シテ協議セシムルモノ

(四) 國境ノ爭ヲ仲裁裁判ニ委ヌルコト

第二節 對人主權

凡ソ一國ノ人民カ自國ノ主權ニ服從スルハ即チ日本ニ滯在スルカ故ニ非ス唯人民ニ對シテ行ハルル主權ノ結果トシテ人民ハ其主權ニ服從スルモノナリ中

古時代於テハ人民力其國ノ主權ニ服從スルハ其土地ノ上ニ現在スルカ故ナリトノ説行ヒタリ今日ノ主義ハ國家ノ主權ヲ以テ絕對ノ屬地的ノモノト爲サス又絕對ノ屬地的ノモノトモ爲サスシテ即チ屬地屬人混合主義ヲ採リタリ

第三節 人民と土地との關係

人民ト土地トノ關係ニ付キ説明スルキコトニテ、フ列ビスシツトト謂ヒ他
ヲ、ヲブシヤン(國籍選擇ト謂フ、フ列ビスシツトトハ一國カ土地ヲ割譲スルニ其
土地ニ在ル人民ノ同意ヲ要スト)ノ意ナリ。今「フ列ビスシツト」ノ實例ノ二三ヲ舉ク
レハ左ノ如シ。

(一) 千八百六十年伊太利カ「ニリス」及ヒ「サボア」ヲ佛蘭西ニ割譲シタルトキニ於
テ「ニリス」及ヒ「サボア」ノ人民ノ多數カ賛成セバトノ條件ヲ以テ之ヲ行ヒタリ

(二) 千八百六十年ニ伊太利ノ諸國カ「サルジニヤ」ニ合併シタルトキニ例ヘハ「パ
ルマ」「デナ」「ロマニヤ」等カ皆自國人民ノ意思ヲ問ヒ其意思ノ多數ヲ以テ合
併スルヲ決シタリ。意大ニテ「ロマニヤ」等カハ國ニ強ク國境ヲ以テ限

意味シ兵力ヲ以テスルモノナルカ故ニ國家間ノ紛議ニシテ平和手段又ハ強制手段ニ依リ公ナル爭ヲ生スルモ陸海軍ヲ用フルコトナク其談判ノ繼續スル間ハ戰爭ニ非スシテ戰爭ニ於テハ交戦者間ニ平和關係ヲ絶シモノナレトモ平和關係ノ杜絶ハ必スシモ戰爭ニ非ス何トナレハ國家間ニ平和關係ヲ杜絶シナカラ戰爭ニ至ラサリシ實例尠カラズ千七百九十三年露國ハ佛國ニ對スル一切ノ交通ヲ絶テ其條約ヲ廢棄シ佛國船舶ノ自國港内ニ入ルコトヲ禁シ又白國ニ於ケル佛國人民ハ本國ニ於ケル革命主義ヲ否認スル宣誓ヲ爲シタル者ノ外ハ悉ク國境外ニ追放シタルニ拘ハラズ兩國間ニ戰爭ヲ生セス又千八百四十八年西國ノ内亂ニ際シ同國ハ英國公使カ政府ノ反對黨ニ與シタリトノ口實ヲ以テ同公使ヲ追放シ英國ハ此處理ニ關スル正當ノ辯解ヲ得ナリシカ故ニ倫敦駐劄ノ西國公使ニ退去ヲ命シ之カ爲メ西國ト二箇年間國交ヲ絶テタレトモ戰爭ト爲ラサリシハ其適例ナリ要スルニ國際紛議ニ於テハ外交手段ヲ以テ之ヲ終局スル方法ノ絶滅シテ談判ノ破裂シ其紛爭ヲ決スルカ爲メ兵力ヲ以テスルニ於テ

第四 戰爭ハ國際公法ノ法則ニ依リ正當ニ遂行スル爭鬭ナルヲ要ス

國際公法ニ於テハ戰爭ノ原因ニ付キ正當ト否トヲ分類スルノ必要ナク國家間ノ紛議ニシテ平和ニ終局セサル以上ハ互ニ兵力ニ訴ヘテ其要求ヲ主張スルノ外ナク其紛議ニ於テ正當ト否トヲ判定スル者ナキ故ニ紛爭國ハ已ムヲ得ズ兵力ヲ動カシ對手國モ必要上兵力ヲ以テ之ニ應スルニ至ルモノニシテ國家ハ時トシテ他國ニ對シ戰爭ヲ爲スノ必要アルモノトス隨テ戰爭ノ開始ハ國家ノ獨立ニ伴フヘキ重要ナル權利ノ一ニシテ交戰國一方ニ於テ開戦ノ權利アルト同時ニ他方ニ於テモ開戦ハ其權利ノ實行ニ屬シ一旦戰爭ノ破綻スルトキハ國際公法ニ於テ雙方ヲ同一地位ニ置クモノトス此故ニ國家カ戰爭ヲ惹起スル原因ノ正否ヲ問ハサレトモ之ヲ誤解シテ國家ハ如何ナル原因ニテモ他國ニ對シ開戦シ得ヘキモノト爲スコト能ハス何トナレハ戰爭ハ國際紛議ヲ決スルノ最後ノ手段ニシテ國家カ何等ノ理由ナク又ハ不當ニ他國ニ對シテ戰爭ヲ惹起スルハ國際公法ノ違反ニシテ斯ル場合ニ於テハ列國一般ノ批難ヲ蒙リ自國ノ威信ヲ水遠ニ失墜スルノミナラス他國ハ之ヲ干渉ノ理由ト爲シ得ヘク加之國

家ハ他國ヨリシテ其權利若クハ利益ヲ不正ニ侵害セラレタル場合ニ於テモ先ツ成ルヘク平和的ニ外交談判ヲ以テ其救済賠償ヲ求メ戰爭ニ至ラシメスシテ終局スヘキ手段ヲ講スルノ義務ヲ有スルモノニシテ茲ニ戰爭ノ開始ハ交戰者雙方ノ權利ニシテ原因如何ヲ問ハスト云フハ既ニ國家間ニ戰爭ノ生スルニ當リテハ其戰爭中交戰者ノ戰爭ニ關スル權利義務ニ付キ雙方ニ於テ同シク其戰爭ヲ開始スルノ理由アリタルモノトシ開戦ハ其權利ノ實行ト看做シテ之ヲ同一ノ地位ニ置キ論定スルニ外ナラス而シテ其戰爭中交戰者雙方ハ戰爭ニ關スル國際公法ノ法則ニ依リ之ヲ遂行セサルヘカラサルハ國家カ文明國間ニ介在シ居ルノ必要條件上其法則ヲ遵守スルノ義務ニ基クモノトス

第三章 戰爭ノ主體

戰爭ニ於テ斯法上ノ權利義務ヲ有スルモノハ獨立ナル主權國ニ止マラス被保護國ノ如キモ亦他國トノ戰爭ニ於テ斯法上ノ支配ヲ受クヘク之ニ反シテ屬國又ハ合衆國ノ各州ノ如キ主權國ノ一部又ハ其版圖ナル國若クハ殖民地ノ如キ本

國領土ノ一部ハ本國ヨリ獨立ナル國際公法ノ主體ニ非サルカ故ニ其戰爭ハ國內事項ニ止マリ斯法上ノ戰爭ニ非ス又交戰者ノ一方ハ獨立國ナルモ他ノ一方ニシテ野蠻人團體ナルカ如キハ同シク斯法ノ支配ヲ受クルモノニ非サルコトハ前述ノ如シ此故ニ普通各國國法ニ於テハ内亂ヲモ戰爭ト名ケ我國ニ於テモ明治十五年七月第三十七號布告ヲ以テ總テ法律規則中戰時ト稱スルハ外患又ハ内亂アルニ際シ布告ヲ以テ定ムルモノトスト規定シ各國ノ國內法ヲ以テ戰時ト稱シ戰爭ト名クルハ固コリ各國ノ自由ニシテ之カ爲メ國際公法上ノ戰爭ハ如何ナルモノナリヤヲ論定スルコト能ハス各國國法ノ規定ハ此點ニ付テハ國際公法ニ謂フ所ノ戰爭ノ如何ニ關係アルコトナク又デビスノ國際公法ニ於テハ戰爭ノ名稱中ニ内亂ヲモ包含シタルニ拘ハラズ内亂ハ原則上國內事項ニシテ斯法上ノ戰爭ニ非ス然レトモ内亂者ノ勢力強大ナルトキハ本國ニ於テモ悉ク之ヲ刑法ニ照シ犯罪者トシテ處刑スルコトハ言フヘクシテ實際行ハルルコト能ハス殊ニ其戰爭ニ關スル行為カ海上ニ於テスルトキハ其内亂者ノ行為ニ付キ本國政府ハ諸外國ニ對シテ責任ヲ負フコト事實上爲シ得ヘカラザルコトアリ又他國モ斯ル場合ニ於テ其責任ニ付キ事實上本國政府ヲ責メ得ヘカラザルニ由リ本國政府ハ已ムヲ得ス其内亂者ヲ自ラ交戰者ト承認シ第三國モ亦其任意ヲ以テ本國ノ承認ニ先テ若クハ其承認ノ後ニ於テ斯ル内亂者ヲ交戰者ト承認シ得ヘク斯ル場合ニ於テ其承認ヲ受ケタル團體ヲ交戰團體ト稱ス

本國又ハ第三國カ反亂者ニ對シ交戰者ノ承認ヲ與フルハ明示ニ依ルコトアリ默示ニ出ツルコトアリ例ヘハ本國力之ヲ交戰者ト公然言明シ又ハ第三國カ戰爭中局外中立ノ宣言ヲ爲スカ如キハ明示ノ承認ニシテ默示ノ承認トハ本國カ交戰國間ニ行ハルル關係ヲ反亂者ニ對シテ生スルカ又ハ第三國カ自ラ中立國タル關係ト看ルヘキ行為ヲ其團體ニ對シテ爲ス場合トス就中本國ハ反亂者ヲ成ルヘク犯罪人ト看做シ其勢力ヲ削キテ以テ速ニ之ヲ鎮定セントスルコト普通ナルカ故ニ容易ニ明示ノ承認ヲ爲ササルヲ以テ其行為ニ付キ暗黙ニ承認ヲ與ヘタルヤ否ヤヲ知ルノ必要アルニ反シ第三國ハ自國ノ利害關係上其態度ヲ明カニスルノ必要ヨリ局外中立ノ宣言ヲ以テスルヲ普通トス而シテ交戰者ノ承認ハ本國ヨリ爲スト第三國ヨリ與フルトヲ問ハス其效果同一ナリ即チ其

第一 同團體ハ戰爭中承認國ニ對シ戰爭ニ關スル國際公法ノ主體ト爲リ其承認ハ國家トシテ承認ニ非スト雖モ戰爭ニ關シ獨立國ノ有スヘキ權利義務ヲ承認國ニ對シテ取得スルモノトス隨テ本國ヨリ承認シタル場合ニハ之ト同時ニ反亂者ハ國法上ノ犯罪者ニ非スシテ正當ナル交戦者タル關係ヲ有シ又第三國ノ承認ニ於テハ之ト同時ニ同國ハ局外中立ノ法則ニ支配サレ交戦團體ハ交戦國ノ權利義務ヲ有スルモノトス

第二 其承認ヲ一タヒ與ヘタルトキハ關係諸國ノ同意ヲ以テスルニ非サレハ取消スコト能ハス固ヨリ其承認ハ承認國ト被承認團體トノ間ニ止マリ縱令本國ヨリ之ヲ爲スモ決シテ他國ニ代リ又ハ諸國ヲ代表シテ爲スモノニ非スシテ其承認ヲ爲スト否トハ各國ノ任意ニ屬シ本國力之ヲ與フルモ他國ハ同一ノ承認ヲ爲スノ義務ナキト同時ニ他國ニ於テ與フルモ本國ハ尙ホ之ヲ内亂者トシテ待遇シ得ヘシ然レトモ一タヒ其承認ヲ與ヘタルトキハ任意ニ取消ヲ爲スコト能ハス何トナレハ其承認ノ影響ハ承認國ト團體トノ間ニ止マリ止マラス若シ本國カ取消ヲ爲サントセハ其承認ヲ爲メ第三國タル諸國及ヒ

其人民カ反亂者ニ對シテ有スル權利義務ヲ變シテ本國自ラ之ヲ有スヘキ結果ヲ生シ第三國カ取消ヲ爲サントセハ反亂者ノ行爲ニ付キ本國ニ再ヒ其實任ヲ負ハシムルニ至ルヘキヲ以テナリ此故ニ其承認ヲ取消サントセハ承認ノ爲メ影響ヲ受ケタル關係諸國ノ同意ヲ要スル所以ニシテ斯ル同意ハ實際容易ニ行ハルヘキモノニ非ス

第三 承認ノ效果ハ之ヲ與ヘタル時以後ニ向ヒテ效力ヲ有ス何トナレハ交戦團體ハ其承認ヲ受タルニ至ルマデハ本國ノ領土及ヒ國民ノ一部ニシテ反亂ハ國內關係ニ止マリ本國又ハ第三國ヨリ承認アリテ始メテ獨立ノ權利義務ヲ有スルモノナルヲ以テナリ

第三國ヨリ他國ノ反亂者ヲ證ニ交戦者ト承認スルハ其國ノ内政ニ對スル干涉ニシテ間接ニ反亂者ノ勢力ヲ助タルノ結果ヲ生スルカ故ニ本國ノ根ヲ來シ其抗議ヲ招クコトアリ隨テ本國自ラ承認ヲ與ヘタルトキハ第三國ニ於テ交戦者ノ承認ヲ爲スコトヲ抗議シ能ハサレトモ本國ノ承認ニ先チ第三國ヨリ反亂者ヲ正當ニ交戦者ト承認スルニハ左ノ三條件ヲ具備セサルヘカラス

第一 事實上兵力争闘ノ存在シ又繼續スルモノナルヘキコト換言セハ其反亂ハ容易ニ鎮定スヘカラサル狀態ナルコト也
第二 其團體ニ於テ交戦者ト承認セラレ得ヘキ性質ヲ具備スルコト換言セハ其戦争ハ本國ト他ノ國家トノ戦争ト看做サレ得ヘキ程度ニ達シタルコト也
第三 承認國ノ交通通商上其利害關係ニ於テ反亂者ヲ交戦者ト承認スルノ必要アルコト也

此第一條件ノ結果トシテ他國ニ於ケル一投等ノ如キ一時的ノ反亂ニシテ容易ニ鎮定シ得ヘキモノナルカ又ハ現ニ戦争ノ行ハレ居ラサルトキハ第三國ハ交戦者ノ承認ヲ爲スコト能ハス又第二條件トシテ反亂者カ一定ノ土地ニ割據シ特別ナル政府ヲ組織シ其團體ヲ代表シテ他國ニ對シ權利義務ノ關係ヲ有シ得ヘキ機關ヲ具ヘ兵士ヲ募集シ軍隊ヲ組織シ文明國間ニ行ハルル戦争ノ法則ニ從ヒ本國政府ニ對シ戦争ヲ繼續スルトキハ市メテ此條件ヲ満たスヘク更ニ又第三條件ニ於テハ若シ第三國ノ人民及ヒ財産ハ關シ直接ニ戦争ノ影響ヲ生シ其交渉關係ノ續發シテ之ヲ處理スルノ必要ナルトキハ此條件ノ存在スルモ也

トス隨テ内亂ノ場合ニ於テ其戦争行為ノ影響ハ内地ニ限リ他國人民ニ直接關係ナキトキハ第三國ヨリ交戦者ノ承認ヲ爲スコト不法ナレトモ若シ戦争カ自國境界ニ接近シテ行ハレ又ハ海上ニ於テ自國ノ船舶若クハ人民カ海上捕獲等ノ如キ戦争行為ノ直接ナル影響ヲ被ルトキハ其反亂者ヲ交戦者ト看做スト否トニ付キ大ナル利害關係ヲ有シ交戦者ト看做ササルトキハ之ヲ海賊トシテ處分スルノ已ムヲ得サルニ至ルヘク他國ニ於テ公ナル政治上ノ目的ヲ以テ戦争ノ法則ニ依リ行動シ其反亂ニ關シテ争闘者ノ孰レヲ正當ト看ルヘキカニ付キ判定ヲ爲スヘキ地位ニ立たヌ又其勝敗ハ孰レニ歸スルモ直接關係ヲ有セサル第三國ニ於テ反亂者カ其戦争ニ必要ナル行為ヲ爲シタル事實ヲ目シ其戰闘者ヲ海賊トシテ處刑スルニ忍フヘカラサルカ爲メ自ラ之ヲ交戦者ト承認スルハ正當ナラサルヲ得ス隨テ此三條件ヲ具備スルニ於テハ縱令本國ヨリ未タ交戦者ノ承認ヲ與ヘタル反亂者ヲモ第三國ヨリ先ツ交戦者ト承認シ得ヘキモノトス

第四章 戰爭法ノ沿革

國際公法ノ法則ハ諸國間ニ於ケル戰爭ニ關スル法則及ヒ慣例ヨリシテ先ツ發達シ希臘羅馬時代ニ於テハ外國人野蠻人及ヒ敵人ナル文字ヲ同一意義ニ使用シ外國ニ對シ當ニ敵國關係ヲ有シ平和的國際關係ヲ生セザリシ時ニ於テヌラ軍使ノ不可侵其他戰爭行為ニ關スル法則ノ存在シタルモノトス然レトモ古代ノ人民ハ總テ公私ノ法則ヲ悉ク宗教ノ基礎ニ置キ戰爭ヲ天ノ裁判ト思考シ戰爭ノ通告ヲ爲スハ敵人ヲ魔神ニ委ヌルノ極旨ニ出テ戰敗者ハ神ヨリ見捨テラレタルモノト爲シタルカ故ニ之ヲ殺傷若クハ奴隸トスルモ其自由ト思考シ殊ニ希臘人種ハ自ラ他人種ヨリ一層優等ノモノト考ヘ自國以外ノ野蠻人ニ對シテハ兵力又ハ詐術ヲ以テ之ヲ奴隸ト爲シ得ヘク天ハ奴隸ヲ造ルカ爲メ野蠻人ヲ生シタルモノト爲セリ之ニ反シテ同人種且同宗教ノ希臘諸國間ニ於テハ其同禮拜ヲ保護シ同宗教ノ都市ヲ保存スル爲メアンス・エ・クシ・オン・ト稱スル會合アリテ第一戰死者ノ埋葬ヌ妨ケヘカラス第二戰勝後永續的ノ紀念碑ヲ造ルヘ

カラス第三都市陷落ノドキ寺院内ニ隱匿シタル者ヲ殺傷スヘカラス第四神聖ノ者ニ對スル罪人ハ埋葬スヘカラス第五希臘人カ神記ヲ受ケ又ハ公ナル演武場若クハ禮拜堂ニ至ルコトヲ妨ケヘカラス等ノ規則ヲ設ケ此規則ハ諸國間ノ會合ニ依リテ執行セラレ又其會合ニテ諸國間ノ紛議ヲモ決定スヘキモノト爲シタレトモ其制裁ハ實際勢力ナク戰爭ノ目的ハ敵人ヲ殺傷シ兵器ヲ掠奪スルヲミナラス其屍體ヲモ爭ヒ若シ其屍體ニシテ敵人ノ手ニ入ルトキハ之ヲ埋葬モサルノミナラス屢殘害シ戰場ハ勿論敵國ノ都市ハ寺院ヲモ併セテ之ヲ掠奪シ或ハ燒却ヲ擅ニシ住民ハ男女老少ヲ問ハス奴隸ト爲シタルヲ常トス羅馬時代ニ於ケル戰爭法ハ一層寛大ニシテ戰爭ノ宣言媾和條約ノ締結及ヒ使節ノ不可侵ニ付キフュシヤル法アリテ僧侶ノ團體ニ於テ之ヲ施行シ敵人ヲ海賊及ヒ盜賊ト區別シ敵人ニ對スル關係ハ宣誓ニ依ル宗教的關係ヨリシテ信義ヲ守リタルカ故ニ軍使ノ殺戮又ハ俘虜ノ屠殺ノ如キ行為ハ行ハレザリシカ敵國ノ國權及ヒ敵人ノ人格ヲ認メザリシコトハ希臘時代ト異ナル所ナク戰闘行為ハ殘酷ヲ極メ紀元前二百六十四年カーセーシ國トノ戰爭以後ハ連戰連勝ノ勢

「乗」フ「シヤ」ル法ノ違反ハ常ニ行ハレ其後羅馬帝國時代ニ於テハ字内一帝國ニシテ同帝國ノ終リヨリシテ耶蘇教ノ傳播ハ戰爭ノ殘酷ヲ減スルニ至リタレトモ西羅馬帝國亡滅マテ同宗教ハ未タ其勢力ヲ得ナリシモノトス紀元後四百七十五年西羅馬帝國ハ蠻族ノ爲メニ亡滅セラレ多數ナル北方人種ノ團體ハ其版圖内ニ移住割據シテ暗黒時代ト爲リ當時仁愛ノ何モノタルヲ知ラス戰闘ノ苛酷ハ極度ニ達シ之ヲ制限スヘキ宗教又ハ道德ナク紀元後八百年「シャルレマン」帝ノ諸國ヲ平定シテ日耳曼帝國ヲ創設シ其戰爭ニ於テ耶蘇教ノ傳播ヲ力メ騎士ノ慣習ヲ生シ封建時代ニ於ケル騎士制度ノ勢力ハ戰闘ノ慣例ヲ寛大ニシ開戦ハ必ス使節ヲ以テ先ツ對敵者ニ通告シ敵人不意ニ攻撃スルハ卑法且ノ名譽トシ敵人ニ對シテハ總テ禮義ヲ守リ戰敗者ニ人情ヲ表シ戰闘ニ於テハ信義名譽及ヒ儀式ヲ重シ寺院學校婦女等ヲ保護スルノ風習ヲ生シタレトモ此英風ハ騎士間ニノミ行ハレ社會一般ハ其餘澤ヲ受ケタルニ非シテ戰闘行爲ノ殘酷ハ野蠻人ノ爭闘ニ讓ラス兵器及ヒ泉本ニ海藥ヲ使用シ諸種ノ不必要ナル殘酷野蠻ノ荒境及ヒ復讐ノ行爲ハ中世ノ戰爭ヲ充タシ騎士ノ標本

ト稱セラレタル英國ブラックプリンスハ千三百七十年リモゼラ陷レタルトキ三千人ノ男女ヲ一時ニ屠殺シ斯ル殘忍ノ行爲ハ第十七世紀ニ於ケル三十年戰爭マテモ繼續セリ然レトモ中世ニ於テハ羅馬宗教ノ勢力ハ大ニ社會ノ殘忍ヲ輕減シタルモノニシテ第十一世紀以來法王ノ勢力カ強大ト爲リ寺院及ヒ僧侶ハ當時道德ノ中心ニシテ第十三世紀ニ於ケル宗教法ハ諸國及ヒ箇人間ノ紛爭ヲ支配シ第十世紀乃至第十三世紀ノ十字軍ハ歐洲ノ社會組織ニ大改革ヲ來シ地中海諸港ノ商業交通ハ之カ爲メニ發達シ延テバルチック海ノ商業同盟ヲ生シ此等諸都市間ニ於テ第十四世紀ノコンソラトールデルマール法典ヲ始メ海上ニ關スル慣例ニ付キ數多ノ法典アルニ至レリ

第十七世紀以來諸國ノ國家組織カ鞏固ニ趨キタルニ隨ヒ各國ハ法令ヲ以テ軍隊ニ關スル行爲ヲ規律シ俘虜捕獲物又ハ一般人民ニ對スル行爲ノ法則ヲ規定シ千六百八十一年佛國王ルイ第十四世ノ海上勅令ハ「コンソラトールデルマール」ニ次キ海上ニ關スル戰爭行爲ノ模範ト爲リ更ニ各國ハ條約ヲ以テ開戦ノ際敵國人民ノ退去海上捕獲封鎖又ハ戰時禁制品ニ關スル事項ヲ規定シ斯ル規定ハ

漸次ニ戰爭法ヲ改良シ第十八世紀ノ學說及ヒ實例ハ戰爭ノ法則ヲ一層輕減ニ爲シタルモノニテ殊ニ千七百五十八年「グッタル」ノ著書ニ於テ兵器ヲ探ラサル無事ノ歐國人民ヲ殺傷スルヲ不法トシ勇敢ニ對抗シタル者ヲ殘殺スルノ慣例ヲ批難シ其他一般ニ戰闘行爲ニ關スル寬大主義ヲ主張シタルハ「グロシーヌ」ニ次キ大ニ斯法ノ發達ヲ促シタルモノトス更ニ又第十九世紀ニ入り局外中立法ノ明確ト爲リタルノミナラス千八百十五年「グッタル」條約ニテ瑞西國ヲ永世中立ト爲シテヨリ以來白耳義ルキセンブルヒ「コンゴ」國ヲ永世中立國トシ「サウイ」州ヲ始メ其他ノ永久中立地ヲ設ケ若クハ楔子國ヲモ條約ヲ以テ約定シ之カ爲メ列國ノ間ニ於テ濫ニ戰爭ヲ開始スルコトヲ未發ニ防キ又戰爭ノ場合ニ於テモ其害毒ヲ被ルヘキ範圍ヲ限局セントスルノ設アリタルノミナラス戰爭行爲ニ關シ學說及ヒ學會ヲ以テ其改良ヲ計ルコト益々顯著ト爲リタルト同時ニ各國ノ陸海軍ニ關スル法令並ニ列國條約ヲ以テ戰爭法ヲ改良ヲ約定スルニ至リタルモノニシテ其有力ナルモノヲ舉タレバ左ノ如シトナリ

第一 千八百五十六年四月十六日「巴里宣言」ヲ以テ英、佛、普、奧、露、サルジニア及

ヒ土國ハ海上ニ關スル要義四箇條ヲ爲メ兩國其他數國ヲ除クノ外ハ列國悉ク之ニ加盟シ我國モ明治十九年十二月二十四日其加盟ノ承諾ヲ受ケタリ

第二 千八百六十三年米國陸軍訓令ハ同國南北戰爭ノ初ニ於テ軍隊ノ行爲ニ關スル法典ヲ設ケルノ必要ヲ感シ陸軍省ハ「フランシス」リチベル博士ヲシテ之ヲ編纂セシメ軍法會議ノ贊同ヲ經テ公ニシタルモノニテ其規定ハ百五十七條ヨリ成リ當時文明國間ニ實行ノ陸戰法規ヲ包含スルノミナラス其適用ヲ明確ナラシメタルカ故ニ文明國行爲ノ標準ト看做サレ居ル所トス

第三 千八百六十四年八月二十二日「ジュネヅ」條約ヲ以テ陸戰ニ於ケル病者、負傷者ノ救護ニ關スル法則十箇條ヲ伊、佛、白西等十二箇國間ニ締結シ其他列國ハ之ニ加盟セリ是レ即チ我國モ明治十九年六月五日之ニ加盟シタル赤十字條約トス

第四 千八百六十八年十月二日「ジュネヅ」條約附屬條款ハ英、佛、奧ヲ始メ歐洲十四箇國代表者カ瑞西國「ジュネヅ」府ニ於テ調印シ同條約第一條乃至第五條ハ赤十字條約ノ規定ヲ補充シ第六條乃至第十五條ハ海戰ニ於ケル病者負

傷者ノ救助ヲ規定シ千八百八十二年米國モ之ニ加入シタリト雖モ此條約ハ批准ニ至ラズシテ止ミタリ然レトモ此規定ノ趣旨ハ列國ニ於テ之ヲ認ムルモノトス百六十八年十月二日マニヘスタハチ條約ハ英露兩國ノ代表者カ戰
第五 千八百六十八年十二月十一日露彼得堡宣言ハ歐洲十九箇國代表者カ戰
爭行爲ノ殘酷ヲ輕減スル爲メ十項ノ規定ヲ爲シ四百グラム以下ノ爆發彈ヲ
使用スルコトヲ禁シ此宣言ハ批准ニ至ラザレトモ文明國ノ遵守スル所ナリ
第六 千八百七十四年ブルヂセル宣言ハ同年七月及ヒ八月ニ於テ露帝アレキサ
ンドルニ世ノ發議ニ由リ局外中立及ヒ海上ノ戰爭行爲ヲ除クノ外總テ戰
法ヲ編輯スルノ目的ヲ以テ歐洲諸國代表者カ討論ノ上調印シタルモノニシ
テ五十六箇條ヨリ成リ批准ニ至ラザレトモ現行米國陸軍訓令及ヒオプク
スホード陸戰法規ト共ニ文明國ノ陸戰ニ關スル行爲ノ標準トシテ現行法ト看
做サルルモノトス米國海軍訓令ハ同國前此諸條約ニ依リテ戰時ノ行爲
第七 千八百八十年オプクスホード陸戰法規ハ前年ニ於ケル萬國國際法協會
ニテ陸戰ニ關スル法則ヲ編纂スルカ爲メ十五名ノ委員ヲ設ケ同年九月九日

益複雜多樣ト爲ルハ自然ノ趨勢ナリト雖モ必スシモ社會アリテ而シテ後ニ起
ルモノニ非ス何トナレハ人類ハ索居孤棲スト雖モ其欲望ヲ満足セシムルカ爲
メ實物ヲ獲得利用スルノ必要アレハナリ即チ最下級ノ野蠻人ハ殆ト社會ヲ組
織セス隨テ相倚リ相助クルコト尠シト雖モ單獨ニ經濟的動作ヲ爲スヤ必セリ
又文化初歩ノ時代ニ於テハ經濟的動作ハ多ク一家族ノ内ニ止マルモノトス此
等ハ所謂孤立經濟ノ現象ニシテ其影響スル所ハ一箇人又ハ一家族ニ限ルナリ
然ルニ人類ノ交通協力ニ依リテ成立スル社會ニ於ケル經濟的現象ハ其關係ス
ル所一箇人一家族ニ止マラス社會ノ組織發達スルニ隨ヒ益々複雜ト爲ルナリ即
チ社會ニ於ケル各人ノ經濟的動作ハ直接又ハ間接ニ相關連スルモノニシテ互
ニ相影響スル所アルナリ是レ即チ社會ニ於ケル經濟的現象ト孤立經濟ノ現象
ト相異ナル所以ニシテ經濟學ノ講究スルハ主トシテ社會ニ於ケル經濟的現象
ナリトス蓋シ人類ノ社會ハ其種類甚タ多シト雖モ其顯著ニシテ且重要ナル經濟
的現象ニ勝ルモノナシ何トカレハ社會ニ於ケル各人ハ一人トシテ財貨ヲ消費

セサル者ナク随テ多少經濟の現象ニ關係スル者ナク又國民壯年者ノ大部分ハ農工商漁業等財貨ノ生産ニ從事スルモノナレハナリ英國ノ經濟學者マルシャル曰ク「人ノ性質ハ主トシテ日日ノ業務ト之ニ依リテ取得スル有形の財貨トニ依リテ鎮治セラルルモノニシテ宗教的理想ノ威化力ヲ除クノ外ハ能ク人ノ性質ヲ威化セルコト此ノ如ク大ナルモノアラス而シテ社會ノ歴史ヲ構成セル二大動力ハ即チ宗教的及ヒ經濟的勢力ナリキ」然リ而シテ宗教的動念ハ經濟的動念ニ比スレハ一層激甚ナルモノナリト雖モ其直接ノ影響ハ經濟的動念ノ如ク人世ノ大部分ニ延及スルモノニ非ス」ト要スルニ經濟的現象ハ實ニ社會ニ於ケル現象中最モ顯著且最モ重要ナルモノニシテ所謂國民福利ナルモノハ殆ト經濟的現象ノ盛衰善惡ニ繫ルト云フモ過言ニ非サルナリ

第二章 經濟學ノ分科

第一節 純正經濟學

經濟學ノ分科ヲ二トシ一ヲ純正經濟學ト稱シ一ヲ應用經濟學ト名ク

純正經濟學ノ職務ハ社會ニ於ケル經濟的現象ノ眞性本質ヲ明カニシ其間ニ於ケル原因結果ノ關係ヲ研究説明スルニ在リトス此職務ヲ盡スカ爲メニ二種ノ論理法ヲ用ヒサルヘカラス演繹法歸納法即チ是ナリ歸納法ハ箇箇ノ場合ヨリ全般ヲ推定シ演繹法ハ全般ヨリ箇箇ノ場合ヲ推定スルモノニシテ演繹法ニ於テハ先ツ前提ヲ設ケサルヘカラス而シテ此前提正確ナラサレハ結論モ亦正確ヲ缺クカ故ニ演繹法ノ前提ハ極メテ正確且明白ナルヲ要スルナリ而シテ演繹法ノ經濟學ニ應用スルニ當リテ吾人ノ探ルヘキ前提ハ場合ノ異ナルニ從ヒテ同シカラスト雖モ一般ニ經濟的現象ヲ研究スルニ當リ極メテ重要ナル前提ヲ左ニ述ヘン

第一 人類動作ノ重ナル動念ハ利己心ナリ之ヲ以テ人類ハ勞働苦痛ヲ避ケ安逸快樂ヲ求メ且最少ノ勞費ヲ以テ最大ノ效果ヲ得シコトヲ望ム

第二 人類ニ生息活動ノ場所ヲ與ヘ人類ニ食物其他諸般ノ原料ヲ給スル地球ハ其產出物ニ於テ無盡藏ナルニ非ス其廣袤ニ限アリ其地味ニ肥瘠ノ別アリ又土地ノ生産力ハ一定ノ程度ニ達スルトキハ勞働及ヒ資本ヲ増加スルモ其勞働

資本ニ相當スル増加ヲ爲スモノニ非ス。然レモ資本ノ増加ハ其ノ爲メニ第三ノ人口ノ繁殖ハ阻礙トシテ進ミ外來ノ障礙アラサルニ於テハ竟ニ停止スル所ヲ知ラサルナリ。此ノ點ハ人達ノ其ノ經濟學ノ理ヲ明カセシメテハ第一ノ前提ニ就テ少シク之ヲ論セシ希望ノ古代ヨリ一派ノ哲學者ハ唱ヘテ曰ク人類ノ動作ハ一トシテ利己心ニ基因セサルモノナシト然レトモ之ヲ事實ニ徵スルニ人類ノ動作ニシテ良心又ハ同情ノ刺戟ニ基キ慈愛心又ハ愛國心等ノ發動ニ因リテ起ルモノ亦尠カラサルナリ。隨テ經濟的動作モ亦此等利己心以外ノ動念ノ爲メニ左右セララルヤ必セリ故ニ利己心ヲ以テ人類唯一ノ動念ト爲スハ極端ニ驕スルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ最モ普通ニシテ亦最モ強力ナル動念ハ利己心ナリトス殊ニ經濟的動作ニ對シテハ其勢力ノ強大ナルヲ見ルナリ故ニ經濟的現象ヲ研究スルニ當リ利己心ヲ以テ一前提ト爲ス可ナキニミカラス極メテ有用ナリトス然レトモ經濟學ハ往往世人ノ誤解アルカ如ク利己心ヲ是認シテ之ヲ獎勵スルモノニ非ス唯經濟的動作ノ重ナル動念トシテ之ヲ認識スルニ止マルニ又利己心以外ニ他ノ動念ノ存在スルハ前ニ述

ヘタルカ如シ故ニ利己心ノミヲ以テ經濟的動作ノ動念ト爲スハ抽象的假設的タルコトヲ忘ルヘカラス。然レモ其間マデ經濟的動作ノ實ニ人ノ爲メニ第二ノ前提ハ自然界ノ現象ナルガ故ニ觀察ニ因リテ之ヲ證明セサルヲ得サルナリ而シテ其產出物ハ無盡藏ナルニ非シテ廣義ニ限アリ地味ニ肥瘠ノ別アルハ明白ナル事實ニシテ敢テ喋喋スルヲ要セサルナリ土地ノ生産力ニ關スル現象ニ至リテハ多少ノ説明ヲ要ス此現象ハ所謂報酬漸減ノ法則ナルモノニシテ財貨ノ生産ヲ説クニ當リテ更ニ之ヲ論セシムルハ其ノ點ニ對シテ第三ノ前提ハ所謂人口論ナルモノニシテ後ニ之ヲ論スルノ機會アルヘシ利己心ノ前提ミナラス他ノ前提モ亦抽象的假設的ナル場合多キカ故ニ此等ノ前提ヨリ推究セル真理原則モ亦抽象的假設的ニシテ實際ノ事實ト符合セサル場合アリトス然レトモ之カ爲メニ此等ノ真理原則ヲ真理ナラス原則ニ非スト謂フヲ得ス他ノ科學ノ真理原則モ亦實際ト符合セサルモノ尠カラズ經濟學ノ原則モ亦他ノ偶發事件ノ爲メニ妨害セラレテ豫期セサル結果發生スルコトアルヲ免レサルナリ。此ノ點ハ經濟學ノ真理原則ハ前章ノ論議ヨリハ明カニ

此ノ如ク演繹法ニ依リ推究セル真理原則ハ抽象的假設のタルヲ免レサルカ故ニ更ニ歸納法ノ力ヲ籍ラサルヲ得サルナリ即チ實際ノ事實ヲ蒐集シ歸納法ヲ以テ之ヲ研究スルトキハ演繹法ニ依リテ得タル真理原則ノ果シテ實際ノ事實中ニ存在スルヤ否ヤヲ明カニシ實際ノ事實ニシテ其真理原則ト符合セザルトキハ如何ナル原因ニ因リテ其然ルヤヲ發見スルヲ得ルナリ又新ナル真理ヲ發見シ新ナル原則ヲ設定スルカ爲メニ歸納法ノ有用若クハ必要ナルハ疑ヲ容レサルナリ然レトモ經濟學ハ經濟的現象ニ對シテ試驗ヲ行フコト能ハサルカ故ニ歸納法ヲ應用スルニ當リテハ數多ノ經濟的現象ヲ觀察セサルヘカラス而シテ觀察ノ材料ヲ給スルモノハ主トシテ經濟史及ヒ統計是ナリ右ニ述ヘタルカ如ク純正經濟學ノ研究ハ演繹歸納兩法ヲ併用シテ始メテ十分ナル成績ヲ得ルモノトス然ルニ所謂英國學派ノ一部ハ重キヲ演繹法ニ置キ歸納法ヲ顧ミサルノ觀アリキ之ヲ以テ其唱フル所往往事實ニ背馳シ人ヲシテ經濟學ハ空論迂說ナリト言ハシメタリキ之ニ反シテ獨逸ノ歷史學派ナルモノハ

大ニ歸納法ヲ尊重シテ演繹法ヲ排斥スルノ傾向ヲ有シ其極端ナル者ニ至リテハ經濟學ニハ一定不變ノ真理原則ナルモノアルヤヲ疑フニ至レリ蓋シ此二派ハ共ニ中庸ヲ得サルモノト謂フヘキナリ

第二節 應用經濟學

應用經濟學ノ職務ハ社會全般ノ福祉ヲ標準トシテ經濟的現象ノ善惡ヲ判斷シ之ニ應ジテ施行スヘキ法策ヲ案出指示スルニ在リ而シテ經濟的現象カ社會全般ノ福祉ニ適合スルヤ否ヤヲ識別セント欲セハ純正經濟學ノ原理ノミニ準據スルコト能ハス必ス論理上ノ原則ニ依リテ之ヲ判定セサルヲ得サルナリ又應用經濟學ハ其目的トスル所實際ニ施行セントスル方策ヲ講究スルニ在ルヲ以テ古今東西ノ事實ニ徴シ其成敗ニ鑑ミサルヘカラス故ニ應用經濟學ハ經濟史及ヒ統計ノ力ヲ籍ルコト甚タ多シトス社會全般ノ福祉ハ一箇人モ亦傍觀スヘキニ非スト雖モ當然之カ保護進歩ノ責任ヲ負フモノハ國家ナル故ニ社會ニ於ケル經濟的現象ヲシテ社會全般ノ福

次テ第十八世紀ノ央ニ至リ佛國ニ重農學派ナルモノ起リ千七百六十六年「フビヨウガク」
ム、スミス「國富論」ヲ著シ第十九世紀ノ始メニ及ヒテ「スミス」ヲ祖述スル者英佛等
ニ輩出シテ箇人主義ナルモノヲ稱道セリ此主義ハ大ニ箇人ノ權利自由ヲ重シ

經濟學 緒論 經濟學ノ分科 應用經濟學

以上列舉セル主義ニ就テ先ツ重商主義ヲ論ゼンシ第十七世紀、第十八世紀ニ當リ歐洲諸國ハ皆此主義ノ政策ヲ施行シ就中計畫宜キヲ得テ大ニ好結果ヲ收メタルハ佛國ルイ第十四世ノ宰相「コルベヤ」ニシテ英國ノ「クロンウエル」モ亦此主義ヲ奉シ彼ノ有名ナル航海條例ヲ厲行シ以テ和蘭ノ航海權ヲ奪ヘリ然レトモ第十八世紀ニ及ヒテハ弊害漸ク暴露シ來リ商工業ノ保護獎勵ハ多クハ一私人ヲ富マシムルニ止マリ農業ハ產物輸出禁止ノ爲メ大ニ困弊ニ陥リ而シテ政府ノ監督干涉ハ其處置ヲ誤マルモノ多ク却テ產業ノ發達ヲ害スルニ至レリ之ヲ要スルニ重商主義カ第十七世紀ニ於テ功績ヲ顯ハセルハ人民ノ權利自由未ダ全ク發達伸暢セス封建ノ遺勢尙ホ餘威ヲ逞シウセル當時ノ狀態ニ適應セルカ故ニシテ到底現今ノ社會ニ應用スハカラサルナリ以テ其計畫ニ對スルハ一面商人主義ト社會主義トハ其主張スル所全ク相反對スルカ故ニ相對照シテ之ヲ論ゼンシ商人主義ハ曰ク自己ノ利益ハ自己最モ能ク之ヲ知ルト然レトモ其然ラサル場合決シテ勸カラサルヲ見ルナリ社會主義ハ曰ク商人ノ權利社會ノ公益ト必スシテ符合調和スルモノニ非スト是レ即チ商人主義ヲ所說ト益々相

反スルモノニシテ社會主義ヲ唱ゾル新理アルカ如ク又商人主義ハ自由競爭ヲ以テ社會ノ進歩ニ必要ナリトシ社會主義ハ之ヲ以テ弱肉強食ヲ慘劇ト爲スナリ若シ夫レ競爭ニシテ公平ナランカ其利大ニシテ其害尠カルヘキヲ以テ社會主義ノ之ヲ排撃スルハ謬レリ然レトモ今日社會ニ於ケル競爭ハ果シテ悉ク公平ナルモノナルヤ疑ナキ能ハサルナリ然ラハ則チ社會主義ハ主張スル所ニ從ヒ土地資本ノ私有制度ヲ廢止センカ人類ノ活動大ニ減退シテ社會ノ進歩ヲ遲緩ナラシムルニ至ルヘキナリ何トナレハ人類動念ノ最モ強力ナル利己心之カ爲メニ大打撃ヲ被レハナリ又社會主義ヲ實行スルトキハ人類平等ノ理想ニ近クト雖モ人人ヲ自由ハ非常ナル制限ヲ被リ活潑ナル運動ヲ爲スコト能ハサルカ故ニ人人ハ此點ニ於テ一大苦痛ヲ感スルヤ必セリ之ヲ要スルニ社會主義ノ理想的國家ハ到底架空ノ夢想ニ過キスシテ實行ノ期オキヤ明カナリ然レトモ商人主義ニ放任スルトキハ種種ノ弊害ヲ生スルコト爭フ所カ及サル事實ナルヲ以テ社會一般ノ幸福ヲ保護進歩スルカ爲メニ國家ハ商人ノ自由權利ヲ尊重スルト共ニ之ヲ制限スルノ必要アルナリ隨テ國家ノ職務ハ單ニ消極的ニ止マ

ラスシテ又積極的タラサルヘカラス而シテ此職責ヲ盡スカ爲メ國家ノ施行スヘキ經濟政策ノ重要ナルモノヲ左ニ列舉セシムルハ私人ノ自由權利ヲ保障スル第一 國家ハ經濟社會ノ便益ヲ計畫進捗セサルヘカラス例ヘハ貨幣制度銀行制度ヲ確立シ郵便電信鐵道等交通機關ヲ整理スルカ如キ是ナリ又一私人一會社ノ企圖シ能ハサル功業ヲシテ經濟社會ニ便宜ヲ與フルモノハ國家其衝ニ當ラサルヘカラサルナリ

第二 私利公益相反スル場合ニハ私利ヲ抑制シ公益ヲ保護セサルヘカラス例ヘハ森林取締規則ヲ設ケテ森林ノ濫伐ヲ制スルカ如キ土地收用法ヲ以テ公益ノ爲メニ所有權ヲ制限スルカ如キコト是ナリ

第三 私人ノ企業心未タ振起セサルニ當リテハ國家ハ之ヲ誘導セサルヘカラス例ヘハ明治ノ初年東京橫濱間ノ鐵道ヲ敷設シテ文明的交通機關ノ利益ヲ示セルカ如キ是ナリ

第四 必要ナル場合ニ當リテハ保護獎勵ノ政策ヲ行ハサルヘカラス例ヘハ專賣特許ヲ與フルカ如キ航海獎勵法ヲ設ケタルカ如キ輸入税ヲ以テ内國ノ產業ヲ

保護スルカ如キ是ナリ

第五 自然的獨占事業ハ國家自ラ之ヲ經營スルニ非サレハ嚴密ナル監督ヲ施行セサルヘカラス鐵道郵便電信ノ如キ給水瓦斯電燈事業ノ如キ所謂自然的獨占事業ハ國家若クハ市町村自ラ之ヲ經營スル場合少カラス自ラ之ヲ經營セサルニ於テハ監督ヲ嚴密ニシテ壟斷專橫ノ弊ヲ防遏セサルヘカラスナルナリ

第六 國家ハ社會ニ於ケル貧弱者ヲ保護セサルヘカラス今日ノ文明國ニ於テハ四民平等ナリト云フト雖モ法律上表面上ノ平等ニシテ實際ニ於テハ必スシモ平等ナラサルナリ故ニ國家ハ貧弱者ヲ保護シテ開化進歩ノ利澤ニ浴セシメサルヘカラス例ヘハ工場法ニ依リテ幼者婦女ノ使用ニ制限ヲ加ヘ以テ其衛生德義ヲ保護スルカ如キ勞動者ノ保險法ヲ設ケテ疾病負傷死亡ノ災厄ニ備フルカ如キ是ナリ

經濟政策ノ主ナルモノハ右ニ述ベタルカ如シト雖モ保護干涉其度ニ過タルトキハ人民ヲシテ國家ニ依頼スルノ念ヲ増長セシメ商人ノ企業心ト獨立其責ニ當ルノ精神トヲ萎靡セシムルカ故ニ經濟政策施行ノ任ニ當ル者ハ深ク注意ス

ル所ナクシハアルヘカラス而シテ應用經濟學ハ右ニ列舉セルカ如キ經濟政策ヲ純正經濟學ノ原理ニ照シ經濟史及ヒ統計上ノ事實ニ徴シ更ニ倫理上ノ原則ニ準據シテ其可否善惡ヲ論究スト雖モ實際施行ノ程度ト範圍トニ至リテハ國情ト時勢トニ因リテ異ナルカ故ニ一概ニ之ヲ論スルコト能ハサルナリ

第三節 財政學

純正經濟學、應用經濟學ノ二科學ト密接ナル關係ヲ有スル財政學ハ主トシテ國家ノ支出及ヒ收入ニ關スル理論及ヒ應用ヲ講究スル科學ニシテ其一部ハ純正經濟學又ハ應用經濟學トノ領域ヲ共ニスト雖モ今ヤ獨立シテ一ノ專門學ト爲レリ經濟學ヲ廣義ニ解スルトキハ財政學モ亦其一部タルヤ疑ナシト雖モ獨逸佛蘭西伊太利ノ諸國ニ於テハ財政學ヲ一科ノ專門學トシテ教授スルノ慣習ニシテ我國ニ於テモ亦然リ故ニ吾人ノ所謂經濟學ナルモノハ財政學ヲ包括セサルナリ

第一編 財貨ノ生産

第一章 生産ノ意義、種類及ヒ要素

第一節 生産ノ意義

地球上ニ存在スル物體ハ其種類多キ故ニ遠アラスト雖モ直チニ人類ノ費用若クハ消費ニ供シ得ルモノハ多カラサルナリ是ヲ以テ人類ハ其有スル無數ノ欲望ヲ満足セシムルカ爲メニ無數ノ財貨ヲ生産セサルヘカラサルナリ而シテ生産ト稱スルトキハ無ヨリ有ヲ生スルカ如シト雖モ人類ハ物體ノ一分子タルモノ之ヲ消滅セシムルコト能ハサルト共ニ又其一分子タルモノ之ヲ創造スルコト能ハサルモノニシテ人類ノ爲メ所ハ天賦ノ物體ヲ分離シ若クハ集合シ若クハ之ヲ移動スルノミナリ例ヘバ農夫カ米ヲ生産スルハ全ク農夫ノ力ニ出ツルカ如シト雖モ農夫ノ爲メ所ハ或ハ種ヲ播キ或ハ肥料ヲ投スル等ニ過キス禾苗ノ生長繁茂シテ終ニ果實ヲ結クニ至ルハ植物天賦ノ生長力ト自然界ノ諸力トニ依ルモノトス其他樹木ヲ伐リテ材木ト爲シ更ニ之ヲ集メテ家屋ヲ造ルハ天賦ノ

物體ヲ分離シテ而シテ更ニ之ヲ集合スルニ過キス又石炭ノ如キ礦物ヲ採掘スルハ單ニ其居處ヲ移スニ止マルナリ然レトモ財貨ノ效用即チ人類ノ欲望ヲ満足セシムルノ能力ニ至リテハ人類之ヲ創造シ若クハ之ヲ増加シ得ルモノニシテ財貨ノ生産トハ天成ノ物體ヲシテ效用ヲ生セシメ或ハ其效用ヲ増サシムルノ謂ナリ蓋シ財貨ノ效用ハ財貨ニ固著スル天賦ノ性質ニ非ス人類ニ對スル關係ヨリ生スルモノニシテ其基礎ハ財貨天賦ノ性質ナリト雖モ財貨ノ性質ト財貨ノ效用トハ同一物ニ非サルナリ即チ財貨ノ效用ハ同一物ト雖モ人ニ依リ時ニ隨ヒ又處ニ應シテ差違アルモノニシテ例ヘハ藥劑ノ如キ病者ニ對シテハ效用大ナルモ健康ナル者ニ對シテハ效用ナキノミナラス却テ有害ナルコトアルヘク一杯ノ水モ渴シタルトキト然ラサルトキトハ其效用ヲ異ニシ又深山ニ横ハル材木ト都會ニ輸送セル材木トハ其效用同シカラサルナリ

第二節 生産ノ種類 要素

人類ニ如何ナル方法ヲ以テ生産ヲ爲シ得ルヤヲ見ルニ即チ左ノ四種ノ方法ニ

依ルモノトス之ヲ換言スレバ生産ノ種類ヲ分テテ四種トス
第一 天然ニ既ニ存在セル物體ヲ占有スルニ在リ例ヘハ探礦狩獵漁獵ノ如キ是ナリ
第二 財貨ヲ生産スルノ目的ヲ以テ自然力ヲ使用スルニ在リテ其生産物ハ植物若クハ動物ナリトス例ヘハ農業牧畜業及ヒ森林業ノ如キ是ナリ
第三 以上二種ノ生産ニ因リテ獲得セル原料ヲ用ヒテ或ハ之ヲ變形シ或ハ之ヲ結合シテ財貨ヲ製作スルニ在リ諸種ノ工業即チ是ナリ

第四 以上三種ノ生産事業ニ因リテ生産セラレタル財貨ヲシテ其消費者ニ接近セシムルニ在リ商業及ヒ運送業等是ナリ商業及ヒ運送業ハ生産の事業ナラサルカ如シト雖モ財貨ヲシテ其消費者ニ接近セシメ其效用ヲ増加スルカ故ニ其生産的タルハ農業工業商業等ニ異ナラサルナリ

第三節 生産ノ要素

生産ノ種類ハ右ニ述ヘタルカ如ク四種ニ區別スト雖モ人類ノ勞動ヲ要シ又自

然ノ助ヲ新ルニ至リテハ一ナリ即チ如何ナル種類ノ生産ト雖モ人類ノ勞働之ヲ指導スルアリテ始メテ之ヲ行フヲ得ルナリ又如何ナル種類ノ生産ト雖モ自然ノ助ヲ籍ルニ非サレバ之ヲ行フヲ得サルナリ然レトモ此二者ノミヲ以テスルトキハ生産ハ容易ニ進歩發達スルヲ得ス更ニ資本ナルモノヲ要スルモノニシテ尙ホ野蠻草昧ノ境過ヲ脱セサル民族ト雖モ多少ノ器具ヲ有スルヲ見ルナリ故ニ自然勞働及ヒ資本ヲ生産ノ三要素トハ名クルナリ

第二章 自然

第一節 自然ノ意義及ヒ自然ノ狀況

茲ニ自然ト稱スルハ吾人ヲ包繞スル自然物及ヒ自然力ヲ謂フ而シテ自然力生産ノ要素タル所以ハ第一ニ生産ニ必要ナル場所ヲ與ヘ第二ニ生産ニ必要ナル材料ヲ供シ第三ニ生産ニ必要ナル勢力ヲ供スルニ在リ

生産ニ必要ナル場所トハ例ヘハ農業ハ田畝ヲ要シ漁業ハ河海ヲ要シ商業ハ市場ヲ要スルカ如シ生産ニ必要ナル材料トハ動物界植物界礦物界ニ屬スル物體

ニシテ或ハ直接ニ或ハ間接ニ人類ノ欲望ヲ滿足セシムルモノヲ謂フ又生産ニ必要ナル勢力トハ自然界ニ存在スル諸種ノ勢力ニシテ例ヘハ植物ノ生長力動物ノ繁殖力土地ノ培養力ノ如キ或ハ動物ノ體力物體ノ重力彈力ノ如キ或ハ風力水力ノ如キ或ハ瓦斯蒸氣ノ爆發力ノ如キ是ナリ

此等三種ノ要件ハ共ニ生産ニ缺クヘカラサルモノニシテ生産ノ種類ト其盛衰トハ此三種ノ要件ノ具備スルノ多少厚薄ニ關スルモノト實ニ大ナリ而シテ地球上ニ羅列スル數多ノ邦土ハ此三種ノ要件ヲ具備スルニ於テ差等アルヲ免レサルナリ而シテ其然ル所以ハ主トシテ左ニ列記スル諸種ノ狀況ニ基クモノトス

第一 氣候 氣候カ生産ニ至大ノ影響ヲ與フルハ明白ナル事實ニシテ其最モ顯著ナルモノ植物ニ對スル關係ニシテ動物モ亦然リトス生産ノ方法モ氣候ノ差異ニ依リテ多少相異オラサルヲ得ス農業ハ勿論工業ノ如キモ亦氣候ノ影響ヲ被ルコト渺カラス例ヘハ英國ランカシャーニ於テ細糸紡績ニ於テ絶倫ノ地位ヲ占ムルハ該地ノ空氣カ濕氣ニ富ムコト其主因ナリトス

第二 地形 例ヘハ山地平地及ヒ海岸ヲ比較スルニ前述三種ノ要件互ニ相異

ナルアリ即チ山地ハ森林業又ハ狩獵ニ適シ平地ハ農業ニ適シ海岸ハ漁業ニ適スルヲ見ルナリ

第三 地質 地質上第一ニ著目スヘキハ土地ノ肥瘠ニシテ農業ノ基礎ハ地味如何ニ在リト謂フモ不可ナキナリ第二ニ注意スヘキハ地中ニ存在スル礦物ニシテ其有無多少ハ一國ニ於ケル生産事業ニ非常ナル影響ヲ及ホスモノトス例ヘハ英國工業ノ發達ハ其大ニ石炭ニ富ムコト一大原因ナリトス

第四 位置 國際交通已ニ開クルニ於テハ各國ノ位置ハ其生産ニ影響ヲ及ホスコト大ナリ

第五 水利 茲ニ水利ト稱スルハ總テ水ニ對スル關係ヲ謂フモノニシテ飲用物トシテ水ノ人類ニ必要ナルハ言フヲ埃タス近年電氣ノ事業進歩スルト共ニ水力ノ利用益大ナルニ至レリ又漁業ハ河海アリテ始メテ之ヲ行フヲ得ヘク其他水ニ對スル關係ハ枚舉ニ遑アラスト雖モ水ノ生産上ニ大ナル影響ヲ有スルハ運輸交通ノ便ヲ與フルコト是ナリ之ヲ諸國ノ歴史ニ徴スルニ海ニ瀕スル國河ニ沿フノ地ニ於テ商業ノ早ク發達セルハ即チ水利ノ便アリタレ

ハナリ又亞米利加大陸ト亞弗利加大陸トヲ比スルニ後者ハ數百年前ニ始メテ發見セラレタルニ拘ハラス速ニ發達セルハ數多ノ大河アリテ水路連絡スルコト主因ノ一タリ而シテ前者カ今日モ尙ホ暗黒大陸ト稱セラレテ其内部ノ毫モ開拓セラレサルハ良好ナル港灣ニ乏シク且舟楫ヲ通スヘキ河流ノ渺キコト與リテ力アリトス

右ニ述ヘタル諸種ノ狀況ハ相綜合シテ以テ諸國ニ於ケル生産ノ種類並ニ多少ヲ定ムルモノナリ而シテ之ヲ今日世界ノ現狀ニ徴スルニ水利ヲ有スルモノ地中ノ財源ニ富ムモノ第一ノ位置ヲ占メ土地ノ肥饒ナルモノ之ニ次キ天製ノ財貨多キニ過クルモノト天與ノ材料甚タ渺キモノトハ其ニ生産ノ發達ヲ見サルナリ

我國ニ就テ之ヲ觀ルニ第一氣候ハ寒暖其宜キヲ得草木鳥獸ノ種類決シテ渺カラス第二地形ハ島國ニシテ山脈ノ起伏多ク隨テ漁業森林業農業一トシテ可カラサルナシ第三地質ニ關シテハ地味概チ肥低ニシテ礦物ノ產出ハ敢テ大ナラスト雖モ石炭ノ如キハ產出決シテ渺キニ非サルナリ第四我國ノ位置タル支那

ヲ控ヘ米國ニ隣シ其他南洋諸島濠洲モ亦敢テ違キニ非サルカ故ニ國際貿易上
良好ノ位置ヲ占ムルト謂フヘキナリ第五水利ニ至リテモ亦優等ニシテ殊ニ沿
岸ノ屈曲多クシテ港灣ニ富ムハ稀ニ見ル所ナリ是ヲ以テ我國ハ生産ノ第一要
素タル自然ニ於テハ天惠優渥ナリト謂フヘキナリ草木鳥獸ハ其類多クハ
自然ニ關スル狀況ハ素ト天惠ニ出ツト雖モ從來人類ノ力ヲ以テ多少之ヲ變更
スルコトヲ得例ヘハ原野ヲ開拓シ沼池ヲ乾燥シ以テ良田ト爲スカ如キ陸道ヲ
穿テ又ハ海峽ヲ開通シテ運輸交通ヲ便ナラシムルカ如シ又自國ニ生存セザル
動植物ヲ輸入スルカ如キ亦然リトス例ヘハ今日歐洲ニ存在スル家畜有用植物
ノ多數ハ始ヨリ之ヲ有セルニ非ス我國ノ茶煙草綿等ノ如キモ亦外國ヨリ輸入
セラレタルモノトス之ヲ要スルニ開化ノ進歩スルト共ニ自然ヲ利用スル方法
益多キヲ加ヘ自然カ生産ニ及キス影響大ナリト雖モ生産ノ要素タル勞働及
ヒ資本ノ力モ亦増加スルカ故ニ自然ノ其勢力ヲ專ニスルコト能ハサルナリ

第二節 報酬漸減ノ法則

抑モ土地ノ生産力ハ三種ノ條件ニ基クモノニシテ其第一ハ土地ノ機械的性質
第二ハ土地ノ化學的性質第三ハ土地ノ表面ニ於ケル日光溫熱空氣及ヒ濕氣是
ナリ而シテ此三條件中第三ハ人力ヲ以テ之ヲ變更スルコト甚タ難シト雖モ第
一及ヒ第二ハ之ヲ變更シ得ルモノナリ即チ人類ハ其勞働ト資本トヲ以テ土地
ノ性質ヲ變更シ其生産力ヲ増加スルコトヲ得然リト雖モ一定ノ程度ニ達スル
トキハ土地ノ生産力ハ之ニ投スル勞働資本ニ應ジテ増加スルモノニ非サルナ
リ是レ實ニ自然ノ法則ニシテ之ヲ報酬漸減ノ法則ト稱ス今假ニ一方里内ニ農
夫二十人住居スルモノトシ而シテ一年ニ米二百俵ヲ得ルモノトセハ一農夫毎
ニ十俵ヲ生産スル割合ナリ若シ此地方ノ農夫増加シテ一方里ニ三十人ト爲ル
トキハ生産スル米モ亦増加スルコト論ナシト雖モ其生産ノ増加ハ前述ノ割合
ニ依リテ得ス此三十人ノ産スル總額或ハ二百六十俵ニ過キサルヘシ然ラハ則
チ其増加セル農夫十人ノ勞働ニ當ル生産ノ總計ハ六十俵ニシテ一農夫六俵ヲ
生産スル割合ナリ更ニ此地方ノ農夫増加シテ一方里ニ三十五人トスレハ其總額
ニ於テモ亦増加スル所アルヘシ然レトモ其増加ハ前述ノ割合ニ準スル能ハス

即チ三十五人ノ收穫スル所或ハ二百八十五俵ナルヘシ此ノ如クナレハ後ニ増加セル農夫ノ勞働ニ依リ產出スル總額ハ二十五俵ニシテ一人五俵ノ割合ナリトス是ヲ以テ増加シタル農夫ノ勞働ニ對スル報酬ハ漸次減却スルモノト謂フヘキナリ

報酬漸減ノ法則ハ必スシモ資本勞働ヲ用フルノ始ヨリ行ハルモノニ非ス報酬ノ漸次増加スル場合アルヤ疑ナシ例ヘハ未開ノ國ニ於テ肥沃ナル土地ヲ始メテ耕作ニ用フル如キ場合ニ於テハ勞働及ヒ資本ヲ投スルニ隨ヒ報酬益増加スルコトアリトス然レトモ此等ノ土地モ一定ノ程度ニ達スルトキハ報酬ハ再ヒ減少スルニ至ルヘキナリ

此法則ハ自然界ノ法則ニシテ人類ハ到底此法則ヲ廢滅セシムル能ハスト雖モ此法則ニ抵抗シテ以テ其力ヲ寬ニスルコトヲ得ルナリ而シテ其重ナルモノハ農業ノ進歩是ナリ例ヘハ極メテ有效ナル肥料發明セラルトキハ之ヲ投シテ大ニ收穫ヲ増加スルコトヲ得ヘク又善良ナル機械ヲ用ヒテ以テ同一ノ效果ヲ奏スルコトヲ得ヘキナリ然レトモ是レ決シテ報酬漸減ノ法則ヲ廢滅セシムル

報 紙

○鑛物ノ試掘探掘出願中ニ於ケル許可後ノ權利ノ賣買讓與ノ效力 鑛物ノ

探掘權ハ一ノ財產權ニシテ之ヲ賣買讓與シ又ハ債權ノ擔保ニ供スルコトヲ得ヘキコトハ鑛業條例第二十條第一項ニ規定セル所ナリ但同條第二項及ヒ第三項ニ依リ賣買讓與ニ付テハ鑛業特許證ノ書換ヲ受タルニ非サレハ其效力ナク擔保ノ場合ニハ所轄鑛山監督署ノ登錄ヲ受タルニ非サレハ其效力ナシ然ルニ鑛物ノ試掘權ニ付テハ斯ル規定ノ存スルナキヲ以テ賣買讓與ノ目的ト爲スコトヲ得サルモノトスルヲ正當トスヘク況ヤ其試掘出願中ニ讓渡ノ契約ヲ爲スモ固ヨリ其效力ヲ生スルコトヲ得ス此點ハ別ニ疑ナキカ如シ今此問題ニ對スル大審院ノ判決理由ヲ見ルニ曰ク鑛物ノ試掘權探掘權ハ鑛業條例ニ依リ特別ニ許可セラルルモノナレハ其特許ヲ得タル者ハ該條例ニ於テ認許シタル行爲ニ非サレハ爲スコトヲ得サルモノトス而シテ特許ヲ得タル探掘權ハ該條例第二十條ニ於テ特ニ賣買讓與等ノ契約ヲ爲スコトヲ認許セルモ試掘ニ付テハ其規

定ナキヲ以テ賣買讓與ノ契約ヲ爲スコトヲ得サルハ論ヲ俟タサル所ナリトス
被ニ原判決カ理由第二項末段ニ於テ上告人ノ抗辯排斥ノ理由トシテ其試掘權
ニシテモ又探掘權ニシテモ其權利ヲ讓渡スルコトハ別ニ禁スル所ニアラサレハ
之ヲ無効トスルコトヲ得スト說明シタルハ讓渡スコトヲ得サル權利ヲ讓渡ス
コトヲ得ルモノトシタル違法アルモノト謂ハサル可カラスト(大審院明治三十五
三十五年十月八日民事聯合部判決)然ルニ試掘權又ハ探掘權ノ出願中ニ爲シタ
ル特許後ノ探掘權ノ讓渡ハ有效トスヘキヤ否ヤニ付キ同判決理由ニ於テ從來
ノ判例ヲ翻シ明治二十九年第四百四十八號契約履行請求事件ニ對シ本院カ同
年十二月十一日ニ於テ爲シタル判決理由中試掘探掘出願中ニ在テ將來特許權
ヲ得可キコトヲ期シ其權利ヲ賣買スル如キハ法律ニ於テ特ニ禁セサル限リハ
自由ニ之ヲ爲シ得可キ旨判定シタルモ此判例ハ當會審ニ於テ允當ナラスト認
メ云云ト此後段ノ理由ハ果シテ其常ヲ得タルモノナリヤ否ヤ即チ右ノ事實ニ據
レハ探掘權ヲ得タルナラハトノ未必條件ニ繫レルモノト謂フヘク而シテ此停
止條件ハ不法ニ非ス又不能トモ限ラサルヘク又固ヨリ債務者ノ意思ノミニ繫

ルモノニモ非サルヲ以テ當事者間ノ契約ハ將來ノ財產權ヲ目的トシタルモノ
ト謂フヘク恰モ予若シ十萬圓ノ財產ヲ作ラハ汝ニ三萬圓ヲ贈與スヘシト云フ
條件附契約ノ有效ナルカ如シ果シテ然ラハ大審院カ從來ノ判例ヲ翻シタルハ
其理由ナキモノノ如シ然リ而シテ大審院ハ單ニ允當ナラスト認メトノミ云ヒ
テ其允當ナラサル理由ヲ示サレサリシハ余輩ノ遺憾トスル所ニシテ切ニ諸君
ノ研鑽ヲ希望スル所ナリ法學志林第三十七號判例欄參看)
○判事檢事登用第一回試驗合格者 本年施行ノ判事檢事登用第一回試驗ニ
合格シタル者百三十八名中左ノ十六名ハ本校校友ニシテ受験者九十七名ニ對
スル割合一割六分五厘ナリ

小川 彰	木野村 忠夫	秋山 太助
山田 俊平	矢部 安男	田山 卓爾
高原 伊三郎	山本 喜男	神居 繁太郎
堀野 高孝	祐乘 芳胤郎	松野 嘉七
和田 良平	楠原 保司	佐藤 源二郎

雜報

吉田新太郎

尙本校高等科生徒ニシテ同試驗ニ合格セラレタル者左ノ如シ

乙竹仲次

篠田國吉

出口元久

岡林清直

千葉公實

田山重雄

○文官高等試驗合格者

本年施行ノ文官高等試驗ニ合格シタル者四十一名

中本校校友生徒ニシテ合格セラレタル者左ノ如シ

乙竹仲次

伊藤哲

今泉國太郎

○校友會東京支部總會 本月十七日本校內ニ於テ東京支部總會ヲ開キ規則ノ改正校友推薦ノ件ヲ議決シ後懇親會ヲ開キ古賀學士ノ經歷談秋山學士ノ司法官試驗文官高等試驗成績ニ關スル報告梅博士ノ本校校友ノ社會ニ於ケル狀況ニ付テハ觀察ニ關スル演說等アリ尙ホ筑前縣暨ノ餘興アリテ頗ル盛會ナリキ

(正誤 鈴木謙司氏法則六五二頁公費一六公利ノ誤)

(注意)

校外生月謝納付ノ際ハ必ス本紙ヲ切取キ居所、氏名及爲替番號、金額、並ニ學年別、月謝ノ月別若クハ何月分迄ト記入シ爲替券ニ添附スルモノトス

納付書

爲替番號

一金

但三十六年度第

學年

月分月謝

右納付候也

居所

明治三十五年

月 日

和佛法律學校會計局御中

納付書

爲替番號

一金

但三十六年度第

學年

月分月謝

右納付候也

居所

明治三十五年

月 日

和佛法律學校會計局御中

法學志林

每月一回十五日發行
校友、生徒、校外生二種
一冊特約稿費共金九錢
十冊前寄郵費共金八十錢

第三十七號

十一月十五日發行

志林

- 最近判例批評 法律博士 梅謙次郎
- 刑事事件ノ異現象 辯護士 信岡雄四郎
- 關領東印度ノ財政一斑 法學士 岡若槻禮次郎
- 我國ノ歲入 法學士 海山雅夫

纂論

○取引所權

○豫審處分ノ囑託

解疑

○戶主タル私生子ノ認知

○交互計算ノ商行爲上ノ所屬

○鎖業權ノ性質

其他

判例、雜報、記事 數十件

發行所 和佛法律學校

(明治三十五年十二月九日內務省許可)

(明治三十五年十一月四日第三種郵便物認可 每月十八日、廿六日、廿九日發行)

明治三十五年十二月二十日印刷
明治三十五年十一月廿一日發行 (定價金貳拾五錢)

編輯者

東京市牛込區牛込北町十番地 萩原敬之

印刷者

東京市牛込區矢來町三番地 小宮山信好

印刷所

東京市芝區四ノ久保町舟町十一番地 金子活版所

發行所 司法省 和佛法律學校

(電話番町百七十四番)